Der Geist

des

Preußischen Privatrechts

in Vergleichung

mit

dem Römischen, Oesterreichischen und Französischen Recht.

Von

Otto Plathner,

Königlich Preußischem Stadtgerichts-Rath.

In zwei Bänden.

Erster Band.

Berlin.

Verlag von Carl Heymann.

1854.

Vorrede.

Daß das nachstehende Werk gerade auf diejenigen Eigenschaften keinen Anspruch machen kann, welche zur Zeit einem juristischen Werk ausschließlich Eingang zu verschaffen pflegen, habe ich mir nicht verhehlt. Ich weiß sehr wohl, daß ich weder ein gelehrtes noch ein zum unmittelbaren praktischen Gebrauch geeignetes Werk vorlege. Daß ich dessenungeachtet die Veröffentlichung des Werkes nicht beanstande, hat seinen Grund darin, weil ich dasselbe im Hinblick auf den derzeitigen Stand unserer Gesetzgebung und unserer Rechtswissenschaft für ein zeitgemäßes halte.

In ersterer Rücksicht leitet mich folgende Betrachtung.

Das Rechtsbewußtsein einer Nation in einem Gesetzbuch niederzulegen, war wenigen großen Gesetzgebern beschieden. Durchdrungen von dem Geist der Nation, waren sie befähigt, demselben den entsprechenden Ausdruck zu geben. Ihre Werke können Mängel im Einzelnen haben, im Ganzen und Großen tragen sie die Gewähr der Dauer in sich. Denn der Geist einer Nation wandelt sich nicht von Tage zu Tage.

Wo derartige nationale Gesetzeswerke vorhanden sind, da ist der Beruf der folgenden Geschlechter nicht, an denselben kleinlich zu mäkeln, oder gar sie in leichtsinniger Vermessenheit umzustürzen; ihr Beruf ist vielmehr, unter Beseitigung der etwaigen Mängel des Gesetzes und unter Ausscheidung des Fremdartigen und Zufälligen, das Gesetz in nationalem Geiste zu berichtigen und zu ergänzen.

Ein solches nationales Gesetzeswerk ist für Preußen das Allgemeine Landrecht. Der nationale Geist desselben hat bisher den Versuchen, das darin niedergelegte Privatrecht umzuändern, mit Erfolg widerstanden. Die in neuester Zeit wahrnehmbare erhöhte Thätigkeit der gesetzgebenden Behörden stellt jedoch auch Aenderungen des Privatrechts in Aussicht und mahnt Jedermann, dem die nationale Fortbildung unseres Rechts am Herzen liegt, allen derartigen Bestrebungen seine Aufmerksamkeit zuzuwenden. Denn eine Aenderung bestehenden Rechts ist nicht ohne Gefahr. Nur die Erkenntniß und Anerkennung der leitenden Grundgedanken und nationalen Elemente des vorhandenen Rechts ist eine sichere Gewähr dafür, daß die Aenderung des Rechts in nationalem Geiste erfolge. Gelehrsamkeit allein, und wäre es auch die umfassendste, bewahrt nicht vor Verbildung des Rechts. Denn sie schützt nicht gegen die verderblichen Einflüsse einseitiger Ansichten und vergänglicher Strömungen des Zeitgeistes. Die Einwirkungen derselben aber sind es vornämlich, welche bei einer Aenderung bestehenden Rechts zu fürchten sind. Denn wo sie zur Geltung kommen, da tritt ein bedauerlicher Rechtszustand ein. Anstatt wahrhaft Gesetz zu geben, experimentirt man mit Gesetzen. Die Gesetze, nicht aus nationalem Geiste organisch sich hervorbildend, haben keinen inneren Halt, sie dienen nur vorübergehenden Zwecken, und haben deshalb auch keinen Bestand. Der Aenderung des Gesetzes folgt eine neue Aenderung, und der stete Wechsel des Gesetzes erzeugt eine Unsicherheit des Rechts und Verwirrung des Rechtsbewußtseins, welche die verderblichsten Folgen im praktischen Leben hat.

Wenn vorstehende Betrachtungen zur größten Vorsicht bei einer jeden Aenderung eines gesetzlich festgestellten Rechtszustandes mahnen, so liegt in dem Hinblick auf den Stand unserer preußischen Rechtswissenschaft noch ein ganz besonderer Grund, Aenderungen unseres Rechts nur soweit vorzunehmen, als sie durch ein wahrhaft nationales und dauerndes Bedürfniß geboten werden.

Die Grundlage unseres rechtlichen Zustandes in den altländischen Provinzen bildet das Allgemeine Landrecht. Soll also eine Aenderung des Rechts vorgenommen werden,

so ist vor Allem erforderlich, daß der Geist des Allgemeinen Landrechts in seiner Wahrheit erkannt sei.

Meine innerste Ueberzeugung aber ist, daß der Geist des Allgemeinen Landrechts noch durchaus nicht genügend erkannt ist und die ihm gebührende Anerkennung gefunden hat.

Die in unser Recht eingedrungenen romanistischen Ansichten haben den verderblichsten Einfluß gehabt und vor Allem dazu beigetragen, daß das Allgemeine Landrecht nicht in dem Geiste aufgefaßt wird, in welchem es der gediegene Suarez nach dem Willen seines großen Königs verfaßt hat. Erst Bornemann hat das Verdienst, den Satz ausgesprochen und in umfassender Weise dargethan zu haben:

Das preußische Allgemeine Landrecht ist das von den Forderungen der christlichen Sittlichkeit und des deutschen Geistes durchdrungene und demgemäß in ein preußisches Nationalrecht verwandelte abstrakte Römische Recht.

(Bornemann's Darstellung des preußischen Civilrechts, I. 134.*))

Er hat als die spezifische Eigenthümlichkeit des Allgemeinen Landrechts hervorgehoben: die in demselben enthaltene Auffassung des dinglichen Rechts und die durchgreifende Anerkennung des moralischen Prinzips.

Gerade um dieser beiden Momente willen wird das Allgemeine Landrecht von unserer in romanistischen Tendenzen befangenen Zeit zum Theil nicht verstanden, zum Theil gehaßt.

Dies zum allgemeinen Bewußtsein zu bringen, ist ein Hauptzweck der nachstehenden Erörterung. Ich halte sie auch nach dem Erscheinen des Bornemann'schen Werkes nicht für überflüssig. Einestheils haben die Bornemann'schen Ansichten noch keineswegs allgemeine Anerkennung gefunden, anderntheils glaube ich, daß sich in mancher Beziehung die nationalen Elemente unseres Rechts noch bestimmter nachweisen lassen, als durch Bornemann geschehen ist. Am sichersten und erfolgreichsten aber glaubte ich dies durch eine

---

*) Wo im Verlauf der Abhandlung Bornemann citirt wird, ist dies Werk gemeint.

wirkliche Gegenüberstellung der Ansichten des Römischen Rechts, des romanisch-französischen und der beiden germanischen Gesetzbücher, des preußischen Allgemeinen Landrechts und des österreichischen Gesetzbuches, zu bewirken. Denn nur dadurch kann sich objektiv herausstellen, worin die Eigenthümlichkeit und der spezifische Unterschied der romanischen und germanischen und namentlich der preußischen Auffassung des Rechts besteht. Es wird diese Gegenüberstellung den schroff und anmaßlich klingenden Ausspruch rechtfertigen:

Das Allgemeine Landrecht, in seinem wahren Geiste erkannt und anerkannt, steht an Werth viel höher als die in romanistischen Ansichten befangene Auslegung desselben.

In einzelnen Aufsätzen habe ich dies nachzuweisen versucht; durch nachstehende umfangreichere Darstellung beabsichtige ich, den Kampf gegen den in unser Recht eingedrungenen Romanismus auf eine durchgreifendere Weise fortzusetzen, und übergebe in diesem Sinne das nachstehende Werk der Oeffentlichkeit als eine zweite Schutzschrift für das Allgemeine Landrecht.

Inhalts-Verzeichniß zum ersten Bande.

Seite

Zweiter Titel.

Erste Abtheilung.

Erste Unter=Abtheilung.

Zweite Unter=Abtheilung.

Zweite Abtheilung.

Zweites Kapitel.

Erster Titel.

Seite

Zweiter Titel.

Der ursprüngliche Erwerb von Sacheigenthum.

Dritter Abschnitt.

Erstes Kapitel.

Erster Titel.

Der Begriff des Vertrages und die Unterscheidung der Verträge.

Erste Abtheilung.

Zweite Abtheilung.

Erste Unter-Abtheilung.

Zweite Unter-Abtheilung.

Dritte Unter-Abtheilung.

Dritte Abtheilung.

Zweiter Titel.

Der Abschluß, die Wirkung und die Aufhebung des Vertrages.

Erste Abtheilung.

Erste Unter-Abtheilung.

Zweite Abtheilung.

Erste Unter-Abtheilung.

Zweite Unter-Abtheilung.

Dritte Unter-Abtheilung.

Dritte Abtheilung.

Einleitung.

Zwei Erscheinungen treten bedeutungsvoll hervor in der neueren Geschichte der germanischen und romanischen Staaten der alten Welt; auf der einen Seite ein drängender Trieb, die staatlichen und rechtlichen Verhältnisse umzugestalten, auf der andern Seite ein vielfaches Mißlingen der dahin zielenden Versuche. Der Grund beider Erscheinungen ist einfach. Es haben die Staaten den Gang stetiger reformatorischer Entwickelung nicht inne gehalten. Der Trieb des Geistes, durch den Zwang gereizt, hat zu tumultuarischen revolutionären Ausbrüchen geführt, wobei ein Innehalten des rechten Maaßes nicht zu erwarten ist.

Auch Preußen ist diesem Schicksal nicht entgangen.

Seine Mission in der Geschichte ist unverkennbar. Vorzugsweise der Staat der Intelligenz, hat es in intelligenter Weise voranzuschreiten in stetiger reformatorischer Entwickelung. Dies hat es in der Neuzeit mehrfach verabsäumt. Durch die Energie Friedrich des Großen als Großmacht unter die Staaten Europas gestellt und durch die Energie des Stammes in den Freiheitskriegen als solche erhalten, hat ihm oft ein energischer, leitender Willen gefehlt, welcher die widerstrebenden Elemente in ihm einheitlich zusammengefaßt und mit Intelligenz dem gebotenen Ziele zugeführt hätte.

Die sich frei fühlenden Elemente haben einseitig Geltung erstrebt und durch ihr Gegeneinanderstreben ein verderbliches Schwanken in der Leitung des Staates zu Wege gebracht.

Das Jahr 1848 hat die Krankheit des Staates offen gelegt, und es ist jetzt nach überstandener Krisis an der Zeit, die normale Gesundheit des Staates wiederherzustellen.

Ob dies auf dem betretenen Wege geschehen wird, ist hier nicht zu erörtern. Der Zweck des nachstehenden Werkes ist ein beschränkter. Nur ein Theil des Privatrechts ist sein Inhalt.

Seit vielen Jahren hat man sich mit gesetzgeberischen Bestre-

bungen beschäftigt. Sie haben bezüglich des materiellen Rechts zum großen Theile gar kein Resultat gehabt.

Seit dem Jahre 1848 schreitet man rasch vor. Man hat mit ungewöhnlicher Eile ein neues Strafgesetzbuch publizirt. Der zum Bewußtsein seiner Einheit gekommene Staat wird auch ein einheitliches Privatrecht beanspruchen.

Es ist daher wohl an der Zeit, daß sich das Land klar mache, wie es sich in einem solchen Falle zu verhalten habe.

Das Strafgesetzbuch ist von der Landesvertretung in Pausch und Bogen angenommen worden. Sie hat ihr Verfahren gerechtfertigt durch die von ihr anerkannte Nothwendigkeit einer Aenderung des bestandenen gesetzlichen Zustandes und die von ihr angenommene Vortrefflichkeit des ihr vorgelegten Werkes. Auch ist nicht unbeachtet zu lassen, einerseits daß in einer politisch noch nicht ermatteten Zeit das Strafgesetz Gegenstand öffentlicher Besprechung gewesen war und einer früheren Landesvertretung zur Beurtheilung vorgelegen hatte, sowie andererseits, daß Seitens der gesetzvorlegenden Staatsbehörde die erhobenen Einwendungen einer sorgfältigen Berücksichtigung unterzogen worden waren und die von der Landesvertretung ernannte Kommission die Vorlage gründlicher Prüfung unterworfen hatte.

Dessenungeachtet trifft die Landesvertretung der Vorwurf der Uebereilung.

Sie hat, ohne die Prinzipe zu prüfen, auf welche das bestehende Recht basirt war, und ohne sie mit dem Prinzip zu vergleichen, von welchem das neue Strafgesetz ausgeht, das neue Strafgesetz angenommen. Sie hat namentlich, ohne ein klares Bewußtsein darüber auszusprechen, worin die ohne weiteres vorausgesetzte Mangelhaftigkeit des Allgemeinen Landrechts besteht, und ohne auf den prinzipiellen Unterschied des deutschen Allgemeinen Landrechts und des romanischen Code pénal einzugehen, nicht bloß die Mängel des Allgemeinen Landrechts, sondern auch die Prinzipien des Allgemeinen Landrechts verworfen. Die unmittelbar nach Publikation des Strafgesetzbuchs hervorgetretene Nothwendigkeit wiederholter Abänderung desselben hat vorläufig einen Belag dafür gegeben, daß nicht in jeder Beziehung ein klares Bewußtsein darüber vorhanden gewesen ist, was eigentlich dem Lande gegeben ward. Das Land hat, wie Alles, so auch das Strafgesetz in passiver Theilnahmlosigkeit aufgenommen.

Ein derartiges Verhalten des Landes ist nicht würdig der Bürgerschaft eines Staates, der als der Staat der Intelligenz bezeichnet zu werden pflegt.

Es ist daher zu wünschen und zu hoffen, daß bei der Vorlage eines neuen privatrechtlichen Gesetzbuchs ein anderes Verfahren und Verhalten innegehalten werden wird.

Die Lage des Landes ist in dieser Beziehung eine eigenthümliche. Es handelt sich nicht um Codifikation eines einheitlichen rechtlichen Zustandes, sondern es unterliegen die verschiedenen Theile des Landes verschiedenem, bereits codifizirten Recht.

Obwohl basirt auf dieselbe Grundlage, das Römische Recht, besteht doch ein wesentlicher Gegensatz zwischen den beiden Gesetzbüchern, dem Allgemeinen Landrecht und dem Code Napoléon. Das Allgemeine Landrecht ist ein Erzeugniß deutschen Geistes in Preußen unter Friedrich dem Großen, der Code Napoléon ein Produkt romanischen Geistes unter Napoleon.

Wenn es sich daher um eine neue einheitliche privatrechtliche Gesetzgebung handelt, so ist die erste Pflicht des Landes, sich den wesentlichen Unterschied beider Gesetzbücher klar zu machen und erst dann zu entscheiden, ob das Preußische Privatrecht basirt werden soll auf den Geist des Allgemeinen Landrechts oder auf den Geist des Code Napoléon.

Von diesem Gesichtspunkte aus habe ich unter zu Grundlegung des Römischen Rechts die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts und des Code Napoléon einer Vergleichung und Prüfung unterworfen. Ich habe aber auch das Oesterreichische Gesetzbuch in den Bereich der Erörterung gezogen, und zwar aus dem Grunde, weil dasselbe auch ein Erzeugniß deutschen Geistes ist, und aus der Vergleichung dieser drei Gesetzbücher sich am anschaulichsten ergiebt, worin der wesentliche Unterschied des deutschen und romanischen Geistes, und speziell die Eigenthümlichkeit des Allgemeinen Landrechts besteht. Darüber ein klares Bewußtsein zu gewinnen, ist an der Zeit.

Wie in der Zeit vor 1848 uns die Gefahr bedrohte, daß der Romanismus des Römischen Rechts den Geist des Allgemeinen Landrechts verdränge, so bedroht uns jetzt die Gefahr, daß die rheinländische, auf den Geist des Code Napoléon basirte, Auffassungsweise des Rechts das Uebergewicht erlange über den Geist des Allgemeinen Landrechts.

Wenn ich dies ausspreche, wird man mir nicht den Vorwurf einseitiger Abneigung gegen nicht altländische Zustände machen können. Denn ich habe bereits mit klaren Worten meine Ansicht dahin dargelegt:

> „Die Rheinprovinzen sind in politischer Entwickelung den
> „altländischen Provinzen voraus,

ich habe — freilich ohne Erfolg im Jahre 1844 — gerathen:

> „der Preußische Staat erkenne dies an, er hebe die altlän-
> „dischen Provinzen auf den freien Standpunkt, auf welchem
> „die Rheinprovinzen sich befinden, er entwickele das politische
> „Bewußtsein der altländischen Provinzen."

Ich habe dargelegt, warum die romanischen Nationen, soweit es sich

um das Praktische des Lebens handelt, den rein germanischen Nationen voraus sind, ich habe mich deshalb namentlich dahin erklärt:

„Der Staat nehme bezüglich der Strafgesetzgebung das „formelle Verfahren in den Rheinprovinzen zur Grund„lage und bilde aus dieser Grundlage heraus das neu zu „schaffende Gesetzbuch über das formelle Verfahren der „Strafgerichte."

Was damals nur subjektiver Wunsch war, ist jetzt geschichtliche Wahrheit, freilich bedauerlicher Weise erst in Folge der Erfahrung des Jahres 1848. Man wird mir also nicht zur Last legen können, ich hätte mich mit leeren Träumereien herumgetragen.

Aber ich habe auch damals schon behauptet, daß das materielle Recht der Germanen dem materiellen Recht der Romanen voranstehe. Ich habe deshalb beansprucht:

„Von der Grundlage des Allgemeinen Landrechts aus„gehend, werde das neue Strafgesetzbuch verfaßt,

weil ich der Ansicht war und bin, daß

„das Allgemeine Landrecht von allen Gesetz„büchern das dem deutschen Geist am meisten „entsprechende ist."

Daß bei Abfassung des Strafgesetzbuchs die romanische Weise des Code pénal den Sieg davon getragen hat, habe ich bedauert, aber es hat mir diese Thatsache nicht den Muth genommen, nochmals für den Geist des Allgemeinen Landrechts in die Schranken zu treten. Es lag darin für mich nur der Sporn, dies rechtzeitig und besser gerüstet zu thun.

Ich glaube in Vorstehendem den Zweck des nachfolgenden Werkes außer Zweifel gestellt zu haben.

Ich halte aber für nöthig, noch einige Worte über die Weise der Ausführung zu sagen.

Die Grundlage jeden Rechts und Gesetzes bilden die rechtlichen Begriffe. Es ist deshalb vor Allem erforderlich und ich habe mich bemüht, die eigenthümliche Bestimmtheit eines jeden rechtlichen Begriffes zu erkennen. Durch die Erkenntniß der rechtlichen Begriffe ist zugleich das System des Rechts gegeben. Eine unrichtige oder unklare Auffassung eines Rechtsbegriffes hat unmittelbar ein unrichtiges oder unklares System zur Folge.

Die Erkenntniß der rechtlichen Begriffe giebt aber nur die Grundlage, das Schema zur Erkenntniß eines Gesetzes. Denn die eigenthümliche Bestimmtheit eines Gesetzes folgt nicht aus der Natur der abstrakten Rechtsbegriffe, sondern sie beruht auf anderweiten eigenthümlichen Prinzipien. Dies sind einerseits die innerhalb einer jeden bürgerlichen Gesellschaft wirksamen allgemeinen Interessen des bürgerlichen Verkehrs, andrerseits der eigenthümliche

Geist des Volkes, in welchem sich das Recht bildet. Das strenge Recht wird wirkliches und positives Recht.

Ich habe mich daher ferner bestrebt zu erkennen, inwiefern die gesetzlichen Bestimmungen auf eigenthümlichen Prinzipien der bürgerlichen Gesellschaft beruhen, oder speziell auf der Eigenthümlichkeit des Geistes der Nation.

Ich halte es für zweckmäßig in letzterer Beziehung mich deutlich über das Verhalten zur sogenannten historischen Schule auszusprechen.

Es hat die historische Schule ihre unleugbaren Verdienste, nämlich sofern sie sich darauf beschränkt, wirklich historisch zu bleiben, d. h. darzulegen, wie sich das Recht geschichtlich entwickelt hat, denn sie liefert das Material zu einer vernünftigen Betrachtung des Rechts.

Aber es ist die historische Schule über ihren Standpunkt hinausgegangen.

Sie hat das in einer bestimmten Zeit ausgebildete römische Recht für das allein wahrhaft historische erklärt und, von dieser Ansicht geleitet, sich angemaaßt, ein verwerfendes Urtheil zu sprechen über unser derzeitiges im Allgemeinen Landrecht niedergelegtes Recht. Es ist eine solche unhistorische Auffassungsweise nicht bloß im Gebiete der Rechtswissenschaft hervorgetreten, sondern sie hat sich in allen Gebieten des Geistes Geltung zu verschaffen gewußt.

Ihr wahres Wesen besteht darin:

> „Sie sieht mit irgend einer Stufe der ge-
> „schichtlichen Entwickelung die wahrhafte ge-
> „schichtliche Entwickelung als abgeschlossen an
> „und nimmt diese Stufe zur Norm bei Beur-
> „theilung der folgenden Geschichte."

Das willkürliche und unhistorische eines derartigen Verfahrens ist einleuchtend. Eine wahrhaft historische Auffassung kann nur darin bestehen, in der gesammten Geschichte, also in der Geschichte bis auf unsere Zeit und in unserer Zeit, eine geschichtliche Entwickelung anzuerkennen und zu erkennen. Dagegen aber sträubt sich der theoretische Egoismus. Von irgend einer einseitigen, subjektiven Ansicht geleitet, erachtet er die geschichtliche Entwickelung da für abgeschlossen, wo er eine entsprechende Ansicht in der Entwickelung des Weltbewußtseins findet, und leugnet von da an eine wahrhaft historische Weiterbildung. Anstatt die Vernunft als den beständig thätigen Werkmeister in der Entwickelung der Weltgeschichte anzuerkennen und sich zu mühen, die Vernunft zu erkennen und nach ihr die eigene Ansicht zu bestimmen, erhebt er die zufällige eigene subjektive Ansicht zur entscheidenden Norm, kritisirt von dieser Ansicht geleitet den Gang der Weltgeschichte, erachtet sich für weiser als den in der Geschichte wirkenden Geist und beklagt

als bedauerlichen Auswuchs, was in Wahrheit Fortbildung des Geistes ist. Die Miene der Demuth zur Schau tragend, verbirgt man den Hochmuth im Nacken.

Wie in allen Gebieten des Geistes, so hat auch im Gebiete unseres Preußischen Rechts diese Anschauungsweise sich verderblich erwiesen.

Im Geiste eines verstorbenen Rechts denkend und unser Allgemeines Landrecht im Geiste jenes Rechts auslegend, verhinderte man das Verständniß und die Entwickelung unseres Rechts nach seinem eigenen Geiste, und da es leider dahin kam, daß diese verkehrte Auffassungsweise bis in die höchsten Behörden des Rechts eindrang und sich sogar bei der Gesetzgebung Geltung zu verschaffen wußte, verunstaltete man unser Recht und brachte dem Geiste unseres Rechts widersprechende Ansichten zu gesetzlicher oder doch praktischer Anerkennung.

Bei dieser Sachlage muß es als ein Glück bezeichnet werden, daß die damaligen auf eine Umarbeitung des Allgemeinen Landrechts gerichteten gesetzgeberischen Bestrebungen ohne Erfolg geblieben sind. In dem Mißlingen derselben liegt eine tiefe Ironie. Sie wurden vornämlich im Geiste der Schule unternommen, deren Haupt unserer Zeit den Beruf zur Gesetzgebung abgesprochen hatte, und das erfolglose Mühen scheint allerdings zu bewahrheiten, daß jene Schule nicht den Beruf hatte, unserer Zeit Gesetz zu geben.

Es ist aber jener Geist des Romanismus noch nicht überwunden, die Sonne der Gunst hat ihn wucherlich gedeihen lassen. In Verbindung mit dem romanischen Geiste des Code Napoléon ist er gefahrdrohend bei der Anfertigung eines einheitlichen Privatrechts für Preußen. Es ist daher an der Zeit, daß der national germanische Geist sich erhebe aus seiner Passivität und, sein eigenes Wesen mit Klarheit erkennend, nicht ferner die Herrschaft des Fremdartigen trage, sondern frei und selbstbewußt herrsche in seinem eigenen Reiche. Nur wenn dies geschieht, wird seine Stimme gebührend geachtet werden, wenn es sich handelt um ein neues Gesetzbuch und nur also wird das neue Gesetz in Wahrheit eine Wohlthat für Preußen und ein Muster für Deutschland werden. Jenes Selbstbewußtsein zu erwecken, ist einer der leitenden Gesichtspunkte bei Vorlegung des nachstehenden Werkes.

Ich habe schließlich bezüglich der formellen Behandlung noch Folgendes anzuführen.

Die gewonnenen Resultate habe ich in Form von Paragraphen an die Spitze gestellt. Wo es mir förderlich schien, habe ich die leitenden Gesichtspunkte vorweg erörtert.

Jedem bezüglichen Paragraphen folgen dann die betreffenden

Bestimmungen der Gesetzbücher. Ich habe überall nur die Worte der Gesetzbücher berücksichtigt, nicht die Auslegungen der Interpretatoren der Gesetze. Die Masse des zu bewältigenden Stoffes machte eine solche Beschränkung nöthig. Auch erschien es mir vor Allem wesentlich, das Gesetz selbst sprechen zu lassen, um so Jedermann in die Lage zu setzen, selbst zu urtheilen. Nur bezüglich des Allgemeinen Landrechts habe ich theilweise die Ansichten der einflußreichsten Ausleger berücksichtigt, jedoch vornämlich nur dann, wenn ich ihre Auffassung des Geistes des Allgemeinen Landrechts abweichend fand von der Meinigen. Es mußte daher vor Allem Koch*) vielfach berücksichtigt werden, weil er der einflußreichste Repräsentant der Richtung ist, welche zu bekämpfen in meiner Absicht lag.

Was die mir nicht durch praktische Anwendung bekannten Gesetzbücher anbelangt, so hoffe ich, daß man etwaige Irrthümer im Einzelnen mit Nachsicht behandeln werde. Den Geist derselben glaube ich nicht verkannt zu haben.

---

*) Die Citate beziehen sich auf das Recht der Forderungen.

Allgemeine leitende Gesichtspunkte.

I. Inhalt des Werkes.

Das Privatrecht hat zu seinem Inhalt das Vermögensrecht der Person. Es ist daher innerhalb des Privatrechts von einem jeden Verhältniß insoweit zu handeln, als es eine vermögensrechtliche Seite darbietet.

Es unterscheiden sich aber die innerhalb des Privatrechts zu erörternden Verhältnisse dadurch von einander, daß entweder ihre wesentliche, substanzielle Bestimmtheit unmittelbar eine vermögensrechtliche ist, oder daß ihre wesentliche, substanzielle Bestimmtheit zunächst unter einen andern Gesichtspunkt fällt, und nur mittelbar an ihnen auch eine vermögensrechtliche Seite zum Vorschein kommt.

Nur die ersteren Verhältnisse sind Gegenstand der nachstehenden Abhandlung. Es werden daher nur diejenigen Vermögensrechte zur Erörterung gezogen werden, welche der Mensch vermöge seiner abstrakten Eigenschaft als Person hat. Es bleiben also unberücksichtigt:

1) alle auf die natürliche Geschlechtsverschiedenheit der Personen gegründeten Rechte; namentlich das Eherecht und die Einwirkung des ehelichen Verhältnisses auf das Vermögensrecht;
2) alle auf die verschiedenartige körperliche und geistige Ausbildung der Menschen gegründeten Rechte und die daraus hervorgehenden Verhältnisse der Abhängigkeit einer Person von der andern, namentlich die Rechte der Eltern und Kinder und das Vormundschaftsrecht; sowie überhaupt alle auf ein verwandschaftliches oder ein anderweites substanzielles Verhältniß gegründeten Rechte einer bestimmten Person gegen eine andere bestimmte Person;

3) das gesammte Erbrecht, sowohl das Intestaterbrecht als auch der Uebergang von Rechten durch letztwillige Verordnung.

Als abstrakte Person hat nämlich der Mensch Rechte nur so lange, als er als Person wirklich vorhanden ist. Wenn er stirbt, so ist er und sein Recht nicht mehr vorhanden. Das zunächst eintretende Intestaterbrecht gründet sich auf das Familienrecht, und daß dem Sterbenden das Recht gegeben wird, auch noch über seinen Tod hinaus über sein Vermögen zu verfügen, ist keine Folge seiner abstrakten Eigenschaft als Person, sondern Folge eines erst innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft anerkannten Rechts der Person.

Auch die Frage:

inwieweit eine Leibesfrucht oder eine menschliche Geburt überhaupt menschliche Rechte, namentlich Erbrecht hat,

bleibt unerörtert.

Der wesentliche Unterschied derjenigen Rechte, welche der Mensch vermöge seiner Eigenschaft als abstrakte Person hat, von denjenigen Rechten, welche ihm in Folge irgend einer näheren Bestimmung der Person zustehen, liegt darin, daß bezüglich ersterer zunächst nur der abstrakte Willen der Person, die Willkür maaßgebend ist und nur in untergeordneter Weise eine Beschränkung der Willkür im allgemeinen Interesse Statt findet. In diesem Sinne ist das Eigenthum das Recht der Person, nach Willkür über die Sache zu verfügen, und der Vertrag und die Rechtsverletzung die Begründung eines Rechtsverhältnisses durch gegenseitige willkürliche Einigung oder durch einseitige willkürliche Rechtsverletzung.

Die auf irgend eine weitere Bestimmung der Person gegründeten Rechte und Rechtsverhältnisse dagegen sind zunächst der willkürlichen Bestimmung der Person entzogen. Sie erhalten ihre Bestimmung unmittelbar in Folge der eigenthümlichen Natur des zu Grunde liegenden substanziellen Verhältnisses, und nur, soweit es im allgemeinen Interesse dienlich erscheint, wird den Betheiligten das Recht willkürlicher Verfügung gegeben.

II. Das strenge Recht und das wirkliche Recht.

Die unmittelbar vermögensrechtlichen Rechte sind, wie bemerkt, zunächst der willkürlichen Bestimmung der Betheiligten überlassen. Es würde dies ganz und gar der Fall sein, wenn der Mensch eben nichts weiter wäre, als eine abstrakt privatrechtliche Person. Dies aber ist der Mensch nicht, sondern als Mensch ist er eine konkrete, in den verschiedenartigsten Verhältnissen lebende Person. Das Privatrecht ist nur die eine Seite seines Seins. Es kann daher auch im wirklichen Leben keine alleinige absolute Geltung beanspruchen, sondern muß sich den anderweit innerhalb des wirklichen Lebens zur Geltung kommenden Interessen accommodiren und nöthigen Falles unterordnen. Das so modifizirte Recht nenne ich im Gegensatz des strengen abstrakten Rechts das wirkliche Recht.

Die Eigenthümlichkeit dieses wirklichen Rechts wird bedingt einerseits durch die allgemein innerhalb einer jeden bürgerlichen Gesellschaft wirksamen Interessen der Allgemeinheit, bonum publicum (multa autem jure civili, contra rationem disputandi, pro utilitate communi recepta esse, innumerabilibus rebus probari potest. l. 51. §. 2. D. 9. 2.), andererseits durch die Eigenthümlichkeit des Nationalcharakters und die Bildungsstufe des Volkes, sowie die eigenthümlichen Verhältnisse, in welchen es lebt.

Wenn es nun auf die Beurtheilung einer gesetzlichen Bestimmung ankommt, ist vor Allem wesentliche Bedingung eines richtigen Urtheils, daß man sich klar mache, ob die bezügliche Bestimmung auf einem Prinzipe des strengen Rechts oder auf einem anderweiten Prinzip beruht und welchem. Bei dem zu fällenden Urtheil aber ist davon auszugehen, daß so weit es sich um ein unmittelbar vermögensrechtliches Rechtsverhältniß handelt, zunächst das Prinzip des strengen, abstrakten Rechts maaßgebend sein muß, denn das abstrakte Recht bildet die Grundlage des reinen Vermögensrechtes, daß also nur, wenn ein bestimmtes anderweites Interesse eine Abweichung von dem Prinzip des strengen Rechts erfordert, eine solche Abweichung gerechtfertigt ist, und daß die an sich gerechtfertigte Abweichung mit gehöriger Berücksichtigung der sich widersprechenden Interessen bestimmt sein muß.

Grade darin, daß die gesetzlichen Bestimmungen nicht in dieser Weise, sondern entweder einseitig vom abstrakt rechtlichen Gesichtspunkt oder von einem willkürlich angenommenen Standpunkte aus kritisirt werden, liegt der Grund vieler unrichtiger Urtheile über den Werth oder Unwerth einer bezüglichen gesetzlichen Bestimmung. Es enthält die nachstehende Erörterung einen Versuch, eine jede

gesetzliche Bestimmung aus dem ihr eigenthümlichen Prinzip zu erklären.

Wo also eine Abweichung vom Prinzip des strengen Rechts hervortritt, ist zu prüfen versucht worden, auf welchem Prinzip die bezügliche Bestimmung beruht, ob eine Abweichung vom Prinzip des strengen Rechts gerechtfertigt erscheint, und ob die getroffene Abweichung eine entsprechende ist.

Es ist daher auch mein Wunsch, daß grade von diesem Gesichtspunkt meine Urtheile, namentlich auch über die von mir angegriffenen Ansichten Anderer, der Kritik unterworfen werden.

Geschieht dies in unbefangener Weise, so wird der Irrthum des Einzelnen sich leicht herausstellen, und ich werde kein derartiges Urtheil unbeachtet lassen. Denn ich weiß, daß das Urtheil des Einzelnen leicht fehlschlagen kann.

Aber ich wünsche auch, daß bestimmt angegeben werde, in welchem Punkte mein Urtheil irrig ist. Denn ich bin mir bewußt, nicht leichtsinnig geurtheilt zu haben. Unbestimmte Urtheile werden daher von mir nicht als Widerlegung meiner Urtheile angesehen werden.

III. Die Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

Von den innerhalb des Rechtsgebietes wirksamen Prinzipen ist das eine Prinzip schon hier hervorzuheben, weil seine Wirksamkeit das gesammte Rechtsgebiet hindurch zum Vorschein kommt. Es ist dies das moralische Prinzip. Ueberall, wo die Zurechnung in Betracht kommt, also überall, wo eine Beziehung des menschlichen Willens zu etwas außer ihm liegenden hervortritt, ist auch das moralische Prinzip wirksam. Es ist daher nöthig, sich die Art seiner Wirksamkeit klar zu machen.

Nach der Bestimmtheit, unter welcher der Willen aufgefaßt wird, ist auch die Zurechnung eine verschiedene.

Nach dem Prinzip der Moralität wird das innere Wollen von der äußerlich erscheinenden That unterschieden. Es wird mir von der That nur das zugerechnet, was ich davon wirklich wußte und wollte, was darin in meinem Vorsatze enthalten war. Ebenso wird bei dem, was ich will, auf die Absicht, welche ich dabei habe, gesehen. Mit andern Worten:

> nach dem Prinzip der Moralität ist der innere Willen entscheidend.

Ganz anders steht die Sache nach dem Prinzip des strengen abstrakten Rechts. Nach diesem Prinzip kommt der Willen nur überhaupt als Willen in Betracht, es wird dabei nicht auf die Absicht gesehen, welche der Handelnde hat, und auch nicht unterschieden zwischen dem, was der Mensch innerlich will und was er thut, sondern was er thut, wird ihm als That seines Willens zugerechnet. Mit andern Worten:

> Wie die That äußerlich erscheint, so wird sie dem Handelnden zugerechnet.

Im wirklichen Recht gilt nun aber weder nur die abstrakt rechtliche Zurechnung, noch auch nur die moralische Zurechnung, sondern es wird der Mensch, wie er gewöhnlich ist, zur Norm genommen und danach bestimmt, inwieweit Zurechnung eintritt oder nicht. Es entsteht somit eine eigenthümliche Weise der Zurechnung. Sie bestimmt sich im positiven Recht nach der Eigenthümlichkeit des Nationalcharakters und der Bildungsstufe, auf welcher der menschliche Geist steht. Im Allgemeinen aber läßt sich über das geschichtliche Hervortreten des moralischen Prinzips folgendes anführen.

Wenn das Recht aufzutreten beginnt, so überwiegt die abstrakt rechtliche Ansicht. Es wird die That in ihrem ganzen Umfange, wie sie äußerlich erscheint, zugerechnet und nur darauf reflektirt, ob sie überhaupt Folge eines menschlichen Willens ist. Erst die weiter vorschreitende Bildung führt dahin, die That zu zerlegen und somit vom Standpunkt der Moralität zu beurtheilen. Es wird dann auch in der Sphäre des Rechts das moralische Prinzip wirksam. Es läßt sich dies im römischen Recht sehr bestimmt nachweisen. Im alten Civilrecht herrscht durchaus die abstrakt rechtliche Zurechnung, erst das neuere Civilrecht zeigt eine durchgreifende Einwirkung des moralischen Prinzips, namentlich ist der Prätor, der Bildner des neueren Rechts, das Organ, durch welches das moralische Prinzip zur Geltung kommt.

Es läßt sich dann ferner nachweisen, daß im modernen Recht das moralische Prinzip zu einer noch durchgreifenderen Wirksamkeit gelangt ist, als im Römischen Recht geschehen war.

Der Grund davon liegt in der Eigenthümlichkeit des modernen Geistes.

Unter zu Grundlegung der Resultate der Philosophie der Geschichte ist folgendes zu bemerken.

Hegel sagt:

> „Das Recht der subjektiven Freiheit macht den „Wende- und Mittelpunkt in dem Unterschiede des Alter„thums und der modernen Zeit aus. Dies Recht in seiner „Unendlichkeit ist im Christenthum ausgesprochen und „zum allgemeinen und wirklichen Prinzip einer neuen Form

„der Welt geworden. Zu dessen nähern Gestaltungen ge-
„hören die Liebe, das Romantische, der Zweck der ewigen
„Seeligkeit des Individuums, alsdann die **Moralität** und
„das Gewissen."

Eine Folge davon ist,

„daß man in den alten Gesetzgebungen auf das Subjektive,
„auf die (moralische) Zurechnung nicht so viel Werth ge-
„legt hat.

Bezüglich des Römischen Rechts gilt dies nur vom älteren Civilrecht, das neuere zeigt schon eine durchgreifende Einwirkung des modernen Geistes.

Es ist aber:

„der germanische Geist der Geist der neuen Welt."

Dieser Geist sondert sich in den rein germanischen und romanischen Geist.

Hegel äußert sich dahin:

„Unter den germanischen Nationen haben wir solche zu
„unterscheiden, welche in ihren alten Wohnsitzen geblieben
„sind, und die, welche sich über das Römische Reich aus-
„breiteten.

Letztere fanden:

„in den eroberten Provinzen des Römischen Reichs nicht
„nur die Reste römischer Kenntnisse und Bildung überhaupt,
„sondern nach allen Seiten hin ausgearbeitete und ent-
„wickelte Zustände und es stellte sich zunächst ein großer
„Kontrast zwischen den schon gebildeten Einwohnern und
„den Siegern auf, aber indem die Letzteren sich damit ver-
„schmolzen und einen Theil ihrer ursprünglichen Natur hin-
„gaben, endete dieser Kontrast in der Zwitternatur der nun-
„mehr gebildeten neuen Nationen, welche aus der Vermi-
„schung der römischen und germanischen Welt hervorgegangen,
„dieses Heterogene immer in sich behielten."

Aus dieser Eigenthümlichkeit der romanischen Nationen erklärt sich namentlich,

warum das Recht dieser Nationen sich dem Römischen Recht mehr anschließt, als das Recht der rein germanischen Nationen,

und speziell,

weshalb im Code Napoléon das moralische Prinzip minder wirksam ist, als im Allgemeinen Landrecht, (wenn auch die Franzosen auch Christen waren und auch germanisches Recht hatten. Koch, Besitz. S. 3.).

In Betreff der rein germanischen Nationen sagt Hegel:

„Das eigentliche Deutschland hielt sich rein von aller
„Vermischung, nur der südliche und westliche Saum an

„der Donau und am Rhein war den Römern unterworfen“ — hieraus ist die Hinneigung jener Landstriche zu romanischer Ansicht zu erklären —, „der Theil zwischen Rhein „und Elbe blieb volksthümlich.“

Hier also, wo das Römische Recht erst aufgenommen wurde, als schon dem germanischen Geist entsprungene entwickelte Zustände vorhanden waren, mußte es sich dem germanischen Geist accommodiren.

Von wesentlichem Einfluß war dann aber ferner die Reformation.

Hegel zeigt,

„warum die Reformation in Deutschland aufgegangen „und nur von germanischen Völkern erfaßt worden ist. „Nur die Innigkeit, Subjektivität des deutschen Geistes „war der eigentliche Boden der Reformation, d. h. der Boden für die Befreiung des Geistes. Durch die Reformation wurde dem christlichen Prinzip seine Wahrheit und „Wirklichkeit zuerst gegeben, das Prinzip des freien Geistes „ist in ihm zum Panier der Welt gemacht und aus diesem Prinzip entwickeln sich die allgemeinen Grundsätze „der Vernunft,“

also auch der Rechtszustand.

Ueber die Stellung Preußens zur Reformation sagt Hegel:

„Durch den westphälischen Frieden ist die protestantische „Kirche zwar als eine selbstständige anerkannt worden, indem sie als Kirche eine weltliche Existenz hat und haben „muß. Indessen fehlte dieser Selbstständigkeit noch der „Umstand, daß eine einzelne Macht gleichsam als Garantie, „Sicherung derselben auftrat. Diese Macht mußte mit dem „Protestantismus neu entstehen. Es ist Preußen, das „mit dem Ende des siebzehnten Jahrhunderts auftretend, „in Friedrich dem Großen sein, wenn nicht begründendes, doch feststellendes Individuum und im siebenjährigen „Kriege diese Fest- und Sicherstellung gefunden hat.“

Es ist also Preußen vorzugsweise der protestantische Staat.

Wenn nun endlich davon ausgegangen wird:

„Friedrich der Große war ein philosophischer König, wie „er in neuerer Zeit nie wieder gesehen wurde; er faßte das „protestantische Prinzip von der weltlichen Seite auf;“

und mit der unleugbaren Wahrheit,

daß das weltliche Sein der Menschheit sich grade in dem rechtlichen und staatlichen Zustande der Völker offenbart,

die Thatsache in Verbindung gebracht wird:

daß Friedrich der Große, um den rechtlichen und staatlichen Zustand Preußens festzustellen, das Allgemeine Landrecht anfertigen ließ,

so ergiebt sich das Resultat:

Grade in dem Allgemeinen Landrecht findet sich der Geist des Protestantismus, folgeweise also auch die eine wesentliche Seite desselben, das Prinzip der Moralität, mehr ausgebildet, als in irgend einem andern Gesetzbuche,

namentlich auch mehr als in dem zwar neueren, aber auf katholischen Boden erwachsenen, Oesterreichischen Gesetzbuch.

Daß dem in der That so ist, und also dies aus allgemeinen Voraussetzungen sich ergebende Resultat mit der wirklichen Lage der Dinge in vollkommenem Einklange steht, wird durch die nachfolgende Vergleichung der Gesetzbücher festgestellt. Wer also die Wahrheit jenes Resultats in Abrede stellen will, der muß dies nicht durch einfaches Negiren desselben thun, sondern durch den Nachweis, daß die wahre Lage der Dinge in der nachfolgenden Vergleichung nicht objektiv aufgefaßt worden ist.

Um aber möglichen Mißverständnissen thunlichst vorzubeugen, will ich hier noch bemerken.

1) Wenn ich vom Prinzip der Moralität spreche, so habe ich mich der Ausdrucksweise Hegels angeschlossen, welcher Moralität und Sittlichkeit unterscheidet. Nur vom Princip der subjektiven Zurechnung ist hier die Rede, alle anderweiten Gesichtspunkte kommen hier nicht in Betracht.

2) Wenn ich sage:

Preußen ist vorzugsweise der protestantische Staat,

so ist dabei nicht an irgend eine bestimmte protestantische Kirche zu denken, sondern nur an das Prinzip des Protestantismus. Es ist also gemeint:

Preußen vorzugsweise hat das Prinzip des Protestantismus zu wahren und zur Ausführung zu bringen.

Wollte dagegen Preußen sich nur als den Repräsentanten irgend einer bestimmten protestantischen Kirche erachten, so würde es gegen sein eigenes Prinzip verstoßen.

3) Es ist endlich nicht zu übersehen, daß keineswegs die Behauptung aufgestellt worden ist, das Prinzip der Moralität habe sich nur im Protestantismus wirksam erwiesen, sondern daß die Behauptung nur dahin geht, innerhalb des Protestantismus sei diese Wirksamkeit vorzugsweise hervorgetreten. Bei dieser Behauptung aber muß verharrt werden. Wenn irgend ein Prinzip in der Welt auftritt, so breitet es sich nach allen Seiten hin aus und in alle Verhältnisse hinein. Je nach der

Beschaffenheit des Bodens, in welchem es sich entwickelt, ist sein Gedeihen ein kräftigeres oder schwächeres. Es erwies sich daher auch das durch den Protestantismus zu neuer Kraft gelangte Prinzip der Moralität vornämlich in protestantischen Ländern wirksam. Die gesammte Lebensanschauung wurde eine andere als in katholischen Ländern, also auch die Auffassung des Rechts und namentlich die Ansicht von der Zurechnung. Im gemeinen Deutschen Recht freilich konnte aus einer solchen verschiedenen Auffassung nur eine Verschiedenheit der subjektiven Ansichten hervorgehen, als aber in einem spezifisch protestantischen Staate durch einen spezifisch protestantischen König ein Gesetzbuch gefertigt wurde, da kamen auch die bisher nur subjektiven Ansichten zu gesetzlicher Geltung, und eben deshalb wurde das Allgemeine Landrecht ein Gesetzbuch, basirt auf den Geist des Protestantismus, nicht auf den Geist irgend einer protestantischen Kirche, sondern auf den allgemeinen Geist des Protestantismus Friedrich des Großen.

IV. Allgemeine Charakteristik des Römischen Rechts und der neueren Gesetzbücher.

Das Römische Recht unterschätzen, wäre ein Zeichen eines sehr unhistorischen Sinnes, denn sicherer als alle Lobsprüche beurkundet seinen Werth die Thatsache, daß es die Grundlage des gesammten neueren Rechts geworden ist.

Seine Eigenthümlichkeit besteht darin, daß es den naturwüchsigen Entwickelungsprozeß des Rechts vom formalen starren Recht zum lebendigen wirklichen Recht darstellt. Einen eigenthümlichen Nationalcharakter zeigt dies entwickelte wirkliche Recht nicht, und zwar deshalb, weil seine Entwickelung vornämlich zu einer Zeit erfolgte, als Rom seinen eigenthümlichen Nationalcharakter bereits aufgegeben hatte und als Weltreich einer abstrakten Universalität verfallen war. Ebendeshalb war das entwickelte Römische Recht geeignet, die Grundlage des neueren Rechts zu werden.

Seine wesentlichen Vorzüge folgen aus der Weise seiner Bildung. Beginnend mit einzelnen Fundamental-Sätzen des Rechts, dieselben nach dem in der lebendigen Wechselbeziehung der Wissenschaft und Praxis wahrgenommenen Bedürfniß erläuternd, ergänzend und verbessernd, namentlich dem moralischen Prinzip Geltung

verschaffend gegen das nur formale Rechtsprinzip, zeigt es eine allseitige harmonische Ausbildung des Rechts, und jeden einzelnen Fall in seiner Bestimmtheit klar auffassend und mit sicherem Takt entscheidend, bleibt es frei von dem Fehler der Unbestimmtheit und der aus einer Verallgemeinerung bestimmter wahrer Sätze folgenden Unklarheit.

Dem Römischen Recht am nächsten (bezüglich der in vorliegender Erörterung zur Sprache kommenden Gegenstände des Rechts) steht der Code Napoléon.

Romanischem Geiste entsprossen, hat er den Inhalt des Römischen Rechts im Wesentlichen beibehalten und sein Unterschied liegt nur in der Form, in der Codifikation. Diese ist in formeller Beziehung als eine gelungene zu bezeichnen, bis auf einen Punkt. In einzelnen Fällen ist nämlich bei der Codifikation die erforderliche Bestimmtheit des Gesetzes nicht erreicht und es wird deshalb auf die Entscheidung des Richters verwiesen.

Man hat darin einen wesentlichen Vorzug des Code Napoléon finden wollen, als sei dadurch eine lebendige Wechselwirkung zwischen dem Gesetz und der Rechtswissenschaft erhalten worden. Ich halte diese Ansicht für eine irrige. Wenn man von einer lebendigen Wechselwirkung zwischen Rechtswissenschaft und Praxis spricht, so ist damit ein richtiger und verständlicher Satz ausgesprochen. Sobald aber ein Gesetz vorhanden ist, ist vor Allem zu beanspruchen, daß das Gesetz ausreichend und bestimmt sei, und daß eine jede Entscheidung nach keiner andern Norm erfolge, als nach der Bestimmung des Gesetzes. Denn jede andere Norm ist der Partei gegenüber Willkür. Sie bleibt auch Willkür, wenn sie durch den Richter festgestellt wird. Es ist deshalb ein wesentlicher Mangel des Gesetzes, wenn es einen Punkt unbestimmt läßt und der Bestimmung durch den Richter überweist. Ein Gesetzgeber, welcher dies thut, legt damit das Bekenntniß ab, daß er nicht befähigt ist, den unentschieden gelassenen Fall zu entscheiden, und doch fordert er Entscheidung desselben durch den Richter. Der Richter aber soll nicht nach subjektiver Willkür entscheiden, sondern nach allgemeinen, aus der Rechtswissenschaft zu entnehmenden, Normen. Wenn aber der Richter aus der Rechtswissenschaft allgemeine Normen zu entnehmen befähigt sein soll, so ist nicht abzusehen, warum der Gesetzgeber nicht diese allgemeinen Normen aus der Rechtswissenschaft entnimmt und durch deren Aufnahme in das Gesetz demselben die nöthige Bestimmtheit giebt und dadurch die Partei gegen Willkür sicher stellt.

Es kann allerdings von der Wechselwirkung des Gesetzes einerseits und der Rechtswissenschaft und Praxis andererseits Gutes erwartet werden, aber in einem ganz anderen Sinne, nämlich in dem Sinne, daß die durch Rechtswissenschaft und Praxis sich her-

ausstellenden Mängel des Gesetzes in geeigneter Weise durch Aenderung des Gesetzes behoben werden.

Es ist also bei einer etwaigen neuen Gesetzgebung für Preußen die hervorgehobene Eigenthümlichkeit des Code Napoléon keineswegs zum Muster zu nehmen.

Dem Römischen Recht am meisten selbstständig gegenüber steht das Allgemeine Landrecht. Es ist das erste unter zu Grundlegung des Römischen Rechts codificirte Gesetzbuch über das gesammte Recht, gewissermaaßen die erste allgemeine Verfassungsurkunde für Preußen.

Seine Mängel treten klar hervor. Als erster Versuch der Codifikation eines allgemeinen Gesetzbuchs ist es in vieler Beziehung unvollkommen.

Zuviel spezialisirend und zuviel generalisirend, ist es nicht frei von Widersprüchen, namentlich bei Spezialisirung der allgemeinen Grundsätze, und nicht frei von unrichtigen Bestimmungen, namentlich in Folge der Verallgemeinerung der nur für bestimmte Fälle richtigen Sätze.

Als ein Gesetzbuch aus der Zeit Friedrich des Großen enthält es jetzt nicht mehr zeitgemäße Anschauungen. In mancher Beziehung wäre freilich umgekehrt zu wünschen, man möchte sich jetzt dem im Allgemeinen Landrecht niedergelegten Geiste Friedrich des Großen mehr anschließen.

Den wirklichen Mängeln des Allgemeinen Landrechts wird vielfach auch der Vorwurf hinzugefügt: die in demselben hervortretenden Abweichungen vom Römischen Recht seien nur Folgen der Unkenntniß oder mißverständlichen Auffassung des Römischen Rechts. Dieser Vorwurf ist ein ungerechter. Suarez kannte und erkannte das Römische Recht besser, als jetzt viele Tadler das Allgemeine Landrecht. Er hat mit klarem und scharfem Geiste das Material gesichtet, und die Abweichungen vom Römischen Recht sind nicht die Folgen von Zufall und Willkür, sondern, hervorgegangen aus freier Entschließung, entsprechen sie in der Regel der im Verlaufe der Zeit stattgehabten wirklichen Fortbildung des Rechts.

Unter Anerkennung der wirklichen Mängel des Allgemeinen Landrechts, aber auch unter Zurückweisung ungegründeter Vorwürfe, muß von dem Allgemeinen Landrecht gesagt werden: Es ist in seinen Grundzügen ein wahrhaft deutsches, ein wahrhaft preußisches Gesetzbuch.

Als ein wahrhaft deutsches Gesetzbuch beurkundet es sich namentlich durch die in ihm enthaltene, der Auffassung des deutschen Rechts entsprechende Lehre von den dinglichen Rechten, und als ein wahrhaft preußisches durch die dem protestantischen Geiste entsprechende Lehre von der Wirkung des guten und bösen Glaubens.

An diesen deutschen und preußischen Grundzügen des Allgemeinen Landrechts im Gegensatz der romanischen Anschauung des Code Napoléon ist daher festzuhalten bei etwaiger Fertigung eines neuen Gesetzbuches.

Das Oesterreichische Gesetzbuch hat in formeller Beziehung wesentliche Vorzüge vor dem Allgemeinen Landrecht, obwohl es mitunter an Präcision der Gedanken dem Allgemeinen Landrecht nicht gleichkommt.

Nach seinem Inhalte schließt es sich im Wesentlichen dem Allgemeinen Landrecht an.

Als Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Monarchie enthält es namentlich die deutsche Auffassung bezüglich des dinglichen Rechts, und gegen das Allgemeine Landrecht tritt es vornämlich nur dadurch in Gegensatz, daß es ein Gesetzbuch der österreichischen, also einer wesentlich katholischen, Monarchie ist. Denn darauf beruht es, daß der gute und böse Glauben in ihm nicht zu einer so umfassenden Wirksamkeit kommt, wie im Allgemeinen Landrecht.

Erster Theil.

Die Rechte des einzelnen Menschen.

Rechtssubjekt, Person ist unmittelbar der einzelne lebende Mensch.

Es handelt daher das Römische Recht unter dem Titel de jure personarum von den Rechten der Menschen als Personen.

Das A. L. R. sagt: Th. I. Tit. 1.:

> §. 1. Der Mensch wird, in sofern er gewisse Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft genießt, eine Person genannt.

und das O. G. B.:

> Jeder Mensch hat . . . . Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten. §. 16.

Es sind daher zunächst die Rechte des einzelnen Menschen zu erörtern im Gegensatz zu den Rechten der mittelbar existirenden Person (Corporation und Gemeinschaft).

Die dem einzelnen Menschen zustehenden Rechte sind solche, welche er entweder unmittelbar hat, oder solche, welche er erwerben kann.

In diesem Sinne sagt das A. L. R. Einleitung:

> §. 82. Die Rechte des Menschen entstehen durch seine Geburt, durch seinen Stand und durch Handlungen oder Begebenheiten, mit welchen die Gesetze eine bestimmte Wirkung verbunden haben.

und:

§. 83. Die allgemeinen Rechte des Menschen gründen sich auf die natürliche Freiheit, sein eigenes Wohl, ohne Kränkung der Rechte eines Andern, suchen und befördern zu können.

§. 85. Rechte und Pflichten, welche aus Handlungen und Begebenheiten entspringen, werden allein durch die Gesetze bestimmt.

und das O. G. B.:

§. 16. Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte.

§. 18. Jedermann ist unter den in den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.

Von den dem Menschen unmittelbar zustehenden Rechten kommen nachstehend nur diejenigen Rechte in Betracht, welche dem Menschen vermöge seiner Eigenschaft als Person zustehen. Als solche abstrakte Person hat der Mensch unmittelbar das Recht, nach eigenem Willen zu handeln. §. 1.

Von den Rechten, welche der Mensch erwerben kann, werden ebenfalls nur diejenigen Rechte zur Erörterung gezogen werden, welche er vermöge seiner Eigenschaft als abstrakte Person zu erwerben berechtigt ist.

Es kommt dabei zunächst die Frage in Betracht:

1) ob jeder Mensch in gleicher Weise berechtigt ist, Rechte zu erwerben?

2) welche Rechte der Mensch zu erwerben berechtigt ist?

In ersterer Beziehung sind die Staatsangehörigen (§. 2.) und die Fremden (§. 3.) zu unterscheiden; in letzterer Beziehung ergiebt sich die Beantwortung der aufgeworfenen Frage aus dem Inhalt der nachfolgenden Darstellung.

Es muß jedoch schon hier auf folgenden wesentlichen Unterschied aufmerksam gemacht werden.

Die erwerblichen Rechte sind entweder solche, welche aus einem Prinzip des strengen Rechts folgen, oder solche, welche in Folge der Wirksamkeit eines anderweiten Prinzips innerhalb des bürgerlichen d. h. des wirklichen Rechts hervortreten. Von letzteren wird im zweiten Hauptstück gehandelt werden.

Die aus dem Prinzip des strengen Rechts folgenden erwerblichen Rechte sind:

1) das Recht des Menschen, an den Sachen Eigenthum zu erwerben (ursprünglicher Eigenthumserwerb);

2) das Recht des Menschen, aus besonderen Rechtsgründen mit einem anderen Menschen in ein Rechtsverhältniß zu treten.

Diese besonderen Rechtsgründe des strengen Rechts sind:

1) der Vertrag (d. h. die gegenseitig erklärte Willenseinigung);
2) die Rechtsverletzung (d. h. die einseitige Verletzung des Rechts einer anderen Person);
3) die ohne Vertrag entstehende Gemeinschaft.

Da jedoch die Gemeinschaft wesentlich unter den Gesichtspunkt eines Rechtssubjekts fällt, so wird die Erörterung des Rechtsverhältnisses zwischen den in einer Gemeinschaft stehenden Personen, es mag die Gemeinschaft durch Vertrag oder ohne Vertrag entstehen, erst im zweiten Theil erfolgen.

Es wird daher nachstehend gehandelt werden:

1) von dem Recht des Menschen als Person, Staatsangehöriger und Fremder,
2) von dem ursprünglichen Eigenthumserwerb,
3) von den Verträgen,
4) von den Rechtsverletzungen.

Erstes Hauptstück.

Die auf dem strengen Rechtsprinzip beruhenden Rechte.

Erster Abschnitt.

Die Rechte des Menschen als Person, Staatsangehöriger und Fremder.

§. 1.

In privatrechtlichen Verhältnissen ist kein Mensch einem andern Menschen unterthänig.

Das Recht der Selbstbestimmung des eigenen Willens folgt unmittelbar aus dem Begriff der Person, der Persönlichkeit, und das Recht der Person wird verletzt, wenn jenes Recht Beschränkungen unterworfen wird. Es ist hiermit nicht gemeint, daß überhaupt eine Unterordnung eines Willens unter einen andern Willen nicht statthaben solle; eine solche Unterordnung des unvollkommen vorhandenen Willens unter den vollkommen vorhandenen Willen (Vormundschaft ꝛc.) ist vielmehr nothwendig, und auch in Folge von Rechtsverhältnissen treten Unterordnungen des einen Willens unter einen andern Willen ein. Nur die Unterordnung des Willens einer selbstständigen Person unter den Willen einer andern selbstständigen Person in eigenen privatrechtlichen Angelegenheiten, die Unterthänigkeit, darf nicht gestattet werden.

Im Römischen Recht ist dies Recht der Person nur sehr unvollkommen zur Anerkennung gekommen.

Nur die liberi haben dies Recht.

Et libertas quidem (ex qua etiam liberi vocantur) est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. §. 1. J. 1. 3.

Die servi haben jenes Recht gar nicht.

Die Römischen Juristen wußten zwar, daß die servitus ein der Vernunft, dem Naturrecht widersprechendes Verhältniß sei, allein sie rechtfertigen das thatsächliche Bestehen der Sklaverei aus dem jus gentium (usu exigente et humanis necessitatibus). Sie sagen daher:

quod ad jus naturale attinet omnes homines aequales sunt. l. 32. D. 50. 17.

servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur. l. 4. §. 1. D. 1. 5.

libertas naturali jure continetur, et dominatio ex gentium jure introducta est. l. 64. D. 12. 6.

quae quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus. l. 1. §. 1. D. 1. 6.

Der Sklave hatte keinen eigenen Willen, er hatte kein Recht, er war eine Sache, sein Herr war Eigenthümer.

servus nullum caput habuit. §. 4. J. 1. 16.
servile caput nullum jus habet. l. 3. §. 1. D. 4. 5.
servitus morti adsimilatur. l. 59. §. 2. D. 35. 1.
servitutem mortalitati fere comparamus. l. 209. D. 50. 17.
servis nostris adaequnt quadrupedes. l. 2. §. 2. D. 9. 2.

Der Dominus hatte daher das Recht, über den Sklaven wie über eine Sache zu verfügen;

dominorum potestatem in suos servos illibatam esse oportet. l. 2. D. 1. 6.

namentlich hatte er:

in servos vitae necisque potestatem.

Als die Sitten milder wurden, fanden die Sklaven Schutz;

contra saevitiam, famem, vel intolerabilem injuriam. l. 2. D. 6. 1.

Das A. L. R. enthält Th. 2. Tit. 5. das Verbot der Sklaverei:

§. 196. Sklaverei soll in Königlichen Landen nicht geduldet werden.

Unbedingt gilt das bezüglich Preußischer Unterthanen.

§. 197. Kein Königlicher Unterthan kann und darf sich zur Sklaverei verpflichten.

§. 200. Wenn Fremde (nämlich welche Sklaven besitzen) sich in Königlichen Landen niederlassen: oder auch wenn Königliche Unterthanen auswärts erkaufte Sklaven in hiesige Lande bringen, so hört die Sklaverei auf.

Was Fremde anbelangt, so ist verordnet:

§. 198. Fremde, die sich nur eine Zeitlang in Königlichen Landen befinden, behalten ihre Rechte über ihre mitgebrachten Sklaven.

§. 199. Doch muß ihnen die Obrigkeit Schranken setzen, wenn sie diese Rechte bis zu lebensgefährlichen Mißhandlungen der Sklaven ausdehnen.

Das O. G. B. sagt unbedingt:

Sklaverei oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Landen nicht gestattet. §. 16.

Gleich dem O. G. B. verbietet auch das A. L. R. die Leibeigenschaft Th. 2. Tit. 7.

§. 148. Es findet die ehemalige Leibeigenschaft, als eine Art der persönlichen Sklaverei, auch in Ansehung der unterthänigen Bewohner des platten Landes nicht Statt.

Dagegen wurde sowohl noch im A. L. R. als im O. G. B. das Recht des freien Willens dadurch verletzt, daß die Unterthänigkeit in privatrechtlichen Verhältnissen noch anerkannt wurde. A. L. R. Th. II. Tit. 7. §. 147. seq. O. G. B. §. 1146.

In Preußen erklärte das Edikt vom 9. Oktober 1807.:

Nach dem Martinitage 1810. giebt es nur freie Leute.

Durch das Edikt vom 30. Oktober 1810. über die Einziehung der geistlichen Güter in der Monarchie erhielten auch die nach §. 1199. II. 11. A. L. R. in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben anzusehenden Mönche und Nonnen das Recht des freien Willens.

Hiernach ist das Recht des freien Willens in Preußen zur vollkommenen Anerkennung gelangt.

Im Code Napoléon ist dies Recht als bereits vorhanden vorausgesetzt.

§. 2.

Jeder Staatsangehörige hat volles bürgerliches Recht.

Der Sinn dieses Satzes ist nicht mißzuverstehn.

1) Es ist nicht gesagt, jeder Staatsangehörige habe gleiches Recht. Denn dieser Satz wäre unrichtig. Das Recht der Männer ist in einzelnen Beziehungen ein anderes als das Recht der Weiber. Jener Satz ist vornämlich dagegen gerichtet, daß nicht im bürgerlichen Recht bezüglich der Menschen Unterschiede gemacht werden, die bezüglich des bürgerlichen Rechts keinen Unterschied begründen dürfen, namentlich die religiöse Ueberzeugung des Menschen und die sogenannten Standesunterschiede.

2) Es ist auch durch jenen Grundsatz nicht ausgeschlossen, daß auf Grund bestimmter Stellungen, die Jemand im staatlichen Verband einnimmt, ihm gewisse Beschränkungen auferlegt werden, z. B. daß einem Beamten der Betrieb eines Schankgewerbes, die Ver-

heirathung ohne Genehmigung der Vorgesetzten untersagt wird. Es soll also nur gesagt werden, daß Niemandem das volle bürgerliche Recht versagt werden darf, weil er nur Staatsangehöriger ist, und nicht ein bestimmt qualifizirter Staatsangehöriger.

Dem Römischen Recht war jener Satz noch fremd. Nicht der Staatsangehörige, sondern nur der Civis Romanus hatte volles bürgerliches Recht (commercium und connubium), namentlich bestanden bezüglich der liberi multae differentiae, und zwar vornämlich:

> aut enim sunt ingenui aut libertini §. 5. J. 1. 3.;

und

> libertinorum autem status tripertitus ante fuerat §. 3. J. 1. 5.

Justinian gab allen Libertinen civitatem Romanam. §. 3. J. 1. 5.

Auch das A. L. R. kennt noch Unterschiede nach Stand und Religion.

Das Edikt vom 9. Oktober 1807. beseitigte den Einfluß der Standesunterschiede bezüglich des bürgerlichen Rechts in Bezug auf Eigenthum und Gewerbebetrieb. Erst die Verfassung hat wenigstens rechtlich, wenn auch noch nicht thatsächlich, dem aufgestellten Grundsatze unbedingte Anerkennung verschafft, denn es bestimmt:

> Art. 4. Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich. Standesvorrechte finden nicht statt.
>
> Art. 12. Der Genuß der bürgerlichen Rechte ist unabhängig von dem religiösen Bekenntniß.

Das O. G. B. verordnet:

> §. 28. Den vollen Genuß der bürgerlichen Rechte erwirbt man durch die Staatsbürgerschaft,

also nicht durch die Staatsangehörigkeit allein.

Es verordnet dann ferner zwar:

> §. 39. Die Verschiedenheit der Religion hat auf die Privatrechte keinen Einfluß,

allein es macht dazu den beschränkenden Zusatz:

> außer insofern dieses bei einigen Gegenständen durch die Gesetze insbesondere angeordnet wird.

Der Code Napoléon dagegen verordnet unbedingt:

> Art. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen.
>
> Art. 8. Tout français jouira des droits civils.

§. 3.

Fremde haben volles bürgerliches Recht, so weit nicht besondere Gesetze etwas anderes bestimmen.

Die Rechte der peregrini im Römischen Rechte können hier nicht erörtert werden.

In den neueren Gesetzbüchern ist jener Grundsatz anerkannt.

Das A. L. R. verordnet Einleitung:

§. 41. Fremde Unterthanen haben bei dem Betriebe erlaubter Geschäfte in hiesigen Landen sich aller Rechte der Einwohner zu erfreuen, so lange sie sich des Schutzes der Gesetze nicht unwürdig machen.

§. 42. Die Verschiedenheit der Rechte auswärtiger Staaten macht von dieser Regel noch keine Ausnahme.

§. 43. Wenn aber der fremde Staat zum Nachtheil der Fremden überhaupt, oder der hiesigen Unterthanenins besondere, beschwerende Verordnungen macht oder dergleichen Mißbräuche wissentlich duldet, so findet das Wiedervergeltungrecht statt.

§. 44. Unter-Richter sollen ohne Genehmigung ihrer Vorgesetzten gegen Fremde niemals auf Retorsion erkennen.

Das O. G. B. bestimmt:

§. 32. Den Fremden kommen überhaupt gleiche Rechte und Verbindlichkeiten mit den Eingeborenen zu, wenn nicht der Genuß dieser Rechte ausdrücklich die Eigenschaft eines Staatsbürgers erfordert.

Auch müssen Fremde, um gleiches Recht mit den Eingeborenen zu genießen, in zweifelhaften Fällen beweisen, daß der Staat, dem sie angehören, die hierländischen Staatsbürger in Rücksicht des Rechts, wovon die Frage ist, ebenfalls wie die Seinigen behandelt.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 11. L'étranger jouira en France des mêmes droits civils, que ceux, qui sont accordés aux français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra.

Zweiter Abschnitt.

Der ursprüngliche Eigenthums-Erwerb.

Es ist zu erörtern:

1) der Begriff des Eigenthums,
2) der Erwerb des Eigenthums.

Erstes Kapitel.

Der Begriff des Eigenthums.

Es ist
1) der allgemeine Begriff des Eigenthums anzugeben, und
2) der wesentliche Unterschied des Grundeigenthums und Sacheigenthums hervorzuheben.

Bezüglich des Grundeigenthums ist namentlich zu erörtern:
1) das Recht des Grundeigenthümers über die im Grund-Eigenthum enthaltenen Sachen, und zwar:
   a. im Allgemeinen das Sacheigenthum des Grundeigenthümers,
   b. das Verhältniß eines Gebäudes zu seinen Bestandtheilen,
   c. das Recht des Grundeigenthümers bezüglich des Zubehörs:
      1) eines Gebäudes,
      2) eines Landgutes.
2) Es sind dann ferner die eigenthümlichen Rechtsverhältnisse zu erörtern, welche in Folge der natürlichen Continuität des Grund und Bodens zwischen den Grundeigenthümern bestehen. Sie gründen sich:
   a. einerseits auf die natürliche Beschaffenheit des fließenden Wassers,
   b. andrerseits auf bestimmte Interessen der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates.

In letzterer Beziehung kommt in Betracht:
α) die Begrenzung und Scheidung benachbarter Grundstücke,
β) die Regulirung des Rechts, innerhalb der Grenzen des Grundeigenthums nach Willkür zu handeln.

Erster Titel.

Allgemeiner Begriff des Eigenthums.

§. 4.

Eigenthum ist das Recht der einzelnen Person, mit Ausschließung aller anderen Personen, nach Willkür über eine einzelne Sache zu verfügen, so weit nicht das Gesetz das Recht des Eigenthümers beschränkt.

Das Römische Recht enthält keine Definition des Begriffs: Eigenthum. Es setzt als bekannt voraus, daß das dominium in der illibata potestas des dominus über die Sache besteht, l. 2. D. 1. 6., und daß zu seinem Begriff die Ausschließung aller anderen Personen gehört, tritt bei der Lehre von den dem Eigenthümer zustehenden Klagen hervor.

Es beschränkt den Begriff des dominii auf res corporales quae tangi possunt, und zwar solche, die einzelnen Personen zustehen, res, welche singulorum hominum sind, quae in nostro patrimonio habentur. pr. u. §. 11. J. 2. 1.

Das A. L. R. bestimmt den Begriff des Eigenthums an einer Sache dahin Thl. 1. Tit. 8.:

§. 1. Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht, durch sich selbst, oder durch einen Dritten zu verfügen.

Es ist jedoch diese Definition nicht ausreichend, denn der Eigenthümer hat nicht nur das Recht über die Substanz einer Sache zu verfügen, sondern überhaupt das Recht, über die Sache in jeder Beziehung zu verfügen. Es hat deshalb das A. L. R. den Begriff noch weiter erläutert. Es sagt:

§. 9. Zum vollen Eigenthum gehört das Recht die Sache zu besitzen, zu gebrauchen und sich derselben zu begeben.

§. 10. Das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen, wird Proprietät genannt.

§. 11. Das Recht, eine Sache zu seinem Vortheil zu gebrauchen, heißt das Nutzungsrecht.

§. 12. Das zum Eigenthum gehörende Nutzungsrecht erstreckt sich auf alle Vortheile, welche die Sache gewähren kann.

§. 13. Der Eigenthümer ist von dem Gebrauche seiner Sache, so weit es die Gesetze nicht ausdrücklich verordnen, Niemandem Rechenschaft zu geben verbunden.

Nur der volle Eigenthümer ist wirklicher Eigenthümer.

Außer diesem wirklichen Eigenthum stellt das A. L. R. noch unter den Begriff des Eigenthums das getheilte Eigenthum. Es sagt:

§. 19. Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt.

§. 20. Wer Miteigner der Proprietät ist und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird ein nutzbares Eigenthum beigelegt.

Offenbar, um das getheilte Eigenthum unter den allgemeinen Begriff des Eigenthums subsumiren zu können, ist die Definition im §. 1., wie geschehen, beschränkt worden. Es ist jedoch angemessener, vom Begriff des vollen Eigenthums auszugehen und das sogenannte getheilte Eigenthumsrecht als besonderes Recht anzusehen.

Das O. G. B. sagt:

§. 354. Als ein Recht betrachtet, ist Eigenthum das Befugniß, mit der Substanz und den Nutzungen einer Sache nach Willkür zu schalten.

Anstatt einfach zu sagen:

über die Sache nach Willkür zu schalten (zu verfügen)

sind unnöthiger Weise die einzelnen Bestandtheile, Substanz und

Nutzung, erwähnt. Es ist dies auch nicht einmal ganz richtig, denn es fehlt das Recht des Besitzes, Verwaltung ꝛc.

Das O. G. B. sagt daher auch noch:

§. 362. Kraft des Rechts, frei über sein Eigenthum zu verfügen, kann der vollständige Eigenthümer in der Regel seine Sache nach Willkür benutzen und unbenutzt lassen, er kann sie vertilgen, ganz oder zum Theil auf andere übertragen oder unbedingt sich derselben begeben, das ist, sie verlassen.

Der Code Napoléon sagt einfacher:

Art. 544. La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue,

und

Art. 537. Les particuliers ont la libre disposition des biens, qui leur appartiennent sous les modifications établies par les loix.

Die Ausschließung aller Uebrigen ist im O. G. B., Code Napoléon vorausgesetzt. Es gehört aber die Ausschließung aller Uebrigen ganz wesentlich zum Begriff des Eigenthums, denn erst dadurch unterscheidet sich das Eigenthum von dem Recht der Person über die herrenlose Sache.

Eigenthümlich bestimmt wird der Begriff der Ausschließlichkeit bezüglich solcher Geistesprodukte, deren Wesenheit in ihrer Veröffentlichung besteht.

Der Produzent hat als Eigenthümer des Produkts ausschließlich das Recht der Veröffentlichung. Das Nähere muß jedoch das positive Recht bestimmen.

Koch meint, der eigentliche Gegenstand des geistigen Eigenthums sei eine Fabel. III. 721.

Darin hat er Unrecht. Der reale Gegenstand des Eigenthums ist das reale Produkt, also das Manuskript, die Zeichnung ꝛc. Vermöge der geistigen Wesenheit des Produkts wird dem Eigenthümer des Produkts ausschließlich das Recht beigelegt, dasselbe zu veröffentlichen.

Es ist unrichtig, dies Recht des Eigenthümers unter den Gesichtspunkt einer ausschließlichen gewerblichen Berechtigung zu stellen, und also das Eigenthum am realen Produkt als gewöhnliches Eigenthum anzusehen, und das aus der geistigen Wesenheit des Produkts nothwendig folgende Recht des Eigenthümers als ein besonderes für sich bestehendes Recht, als eine gewerbliche Berechtigung zu bezeichnen.

Einschränkungen des Rechts der willkürlichen Verfügung ergeben sich in Folge der Gesetze gegen Thierquälerei, und demnächst beim Grundeigenthum.

Zweiter Titel.

Unterschied des Grundeigenthums und Sacheigenthums.

Erste Abtheilung.

Grundeigenthum.

§. 5.

Der Grundeigenthümer hat das Recht der ausschließlichen Verfügung über den über und unter der Grundfläche befindlichen Raum.

Hierin liegt der spezifische Unterschied des Grundeigenthums von anderem Eigenthum (Sacheigenthum). Daraus folgt:

1) daß das Grundeigenthum seinem Begriff nach unbeweglich und unveränderlich ist. Denn ein bestimmter Raum bleibt immer derselbe, welche Veränderungen auch innerhalb des Raumes vorgehen mögen;

2) daß das Grundeigenthum nur nach den Seiten begrenzt ist.

Von den Gesetzbüchern wird der aufgestellte Satz und die daraus folgenden Konsequenzen nicht geradezu ausgesprochen. Es setzen aber die Gesetzbücher jenen spezifischen Unterschied des Grundeigenthums voraus.

So bezeichnet das Römische Recht als ein Recht des Grundeigenthümers:

altius aedificia tollere l. 8. C. 3. 34. l. 26. D. 39. 2.
in suo fodire l. 1. §. 12. D. 39. 3.
in suis locis thesaurum quaerere l. un. C. 10. 15.
in suo ignem facere, aut sedere aut lavare. l. 8. §. 6. D. 8. 5.

und sagt allgemein:

in suo enim hactenus facere licet (jure quid in suo facere, l. 26. D. 39. 2.) quatenus nihil in alienum immittat. l. 8. §. 5. D. 8. 5.

Als eine Ueberschreitung der Grenze gilt nicht bloß die sachliche Erweiterung des Grundeigenthums über die Grenze hinaus:

si arbor ex vicini fundo vento inclinata in tuum fundum sit, ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes, jus ei non esse, ita arborem habere. l. 2. D. 43. 27.

sondern auch jede immissio eines materiellen Stoffes:

fumi autem sicut aquae esse immissionem ... Alfenum denique scribere ait, posse ita agi, jus illi non

esse in suo lapidem caedere ut in meum fundum fragmenta cadant. l. 8. §. 5. D. 8. 5.

und das Betreten fremden Grund und Bodens:

qui in alienum fundum ingreditur, venandi aucu pandive gratia, potest a domino, si is providerit, jure prohiberi ne ingrederetur. l. 2. §. 1. D. 41. 1. l. 16. D. 8. 3.

Nur durch eine Servitut kann das Recht zu Verfügungen über die Grenze des eigenen Grundstücks hinaus erworben werden:

potuisse tales servitutes imponi. l. 8. §. 7. D. 8. 5.

Das A. L. R. sagt 1. 8.:

§. 123. Die Anlegung neuer Erker, Altane, Wetterdächer, Dachtraufen und anderer über die Grenze ragender Bauwerke ist der Nachbar zu dulden nicht verpflichtet.

§. 132. Ueberhaupt darf unter des Nachbars Grund Niemand graben.

§. 150. Dergleichen Scheidungen müssen aber die Grenzen gegen den Nachbar niemals überschreiten.

und Thl. 1. Tit. 9.:

§. 287. Niemand ist die unter seinem Grund und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Grenze hinüberhangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet.

Das O. G. B. sagt:

§. 297. Eben so gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, welche auf dem Grund und Boden ... aufgeführt werden ... mit dem in senkrechter Linie darauf befindlichen Luftraume.

§. 422. Jeder Grundeigenthümer kann die Wurzeln eines fremden Baumes aus seinem Boden reißen, und die über seinen Boden hängenden Aeste abschneiden oder sonst benutzen;

und um

Etwas auf dem Grunde seines Nachbars vorzunehmen §. 475.

bedarf man einer Servitut.

Am deutlichsten spricht sich der Code Napoléon aus:

Art. 552. La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.

Folgen dieses Satzes sind:

Le propriétaire peut faire au dessus toutes les plantations et constructions, qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers;

Il peut faire au dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos. Art. 552.;

und

Celui sur la propriété duquel avancent les branches

des arbres du voisin peut contraindre celuici à couper ces branches.

Si ce sont les racines qui avancent sur son héritage il a droit de les y couper lui-même Art. 672.

Art. 681. Tout propriétaire doit établir des toits de manière, que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique; il ne peut les faire verser sur les fonds de son voisin.

Der Code Napoléon bedient sich aber auch des Ausdrucks:

lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires. Art. 664.

und

propriété soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment. Art. 553.

In diesem Falle ist jedoch das Wort propriété nicht passend. Das in dem vorausgesetzten Falle bestehende Rechtsverhältniß ist vielmehr entweder so aufzufassen, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens Grundeigenthümer ist und die übrigen Personen nur bestimmte Rechte am Gebäude haben, oder so, daß alle Personen das Grundeigenthum gemeinschaftlich besitzen und nur die Benutzung realiter unter ihnen in bestimmter Weise getheilt ist.

Die Ausnahmen von dem im §. 5. aufgestellten Grundsatz in Folge des Bergbaurechts bleiben hier außer Acht.

Erste Unter-Abtheilung.

Sacheigenthum des Grundeigenthümers.

I. Im Allgemeinen.

§. 6.

Der Grundeigenthümer ist Sacheigenthümer der innerhalb der Grenzen seines Grundeigenthums befindlichen natürlichen Bestandtheile des Erdkörpers, in der Erde wurzelnden Pflanzen und für immer in der Erde befestigten Sachen.

Weil das Grundeigenthum seinem Begriff nach unbeweglich, und der Grundeigenthümer zugleich Eigenthümer der bezeichneten sachlichen Bestandtheile des Grundeigenthums ist, werden diese sachlichen Bestandtheile des Grundeigenthums als unbewegliche Sachen bezeichnet, wenn gleich sie als Sachen an sich beweglich sind. Die Gesetzbücher unterscheiden demzufolge die Sachen als unbewegliche und bewegliche, und unter den Gesichtspunkt der Unbeweglichkeit stellen sie die sachlichen Bestandtheile des Grundeigenthums.

So unterscheidet das Röm. Recht:
res, quae solo continentur und res mobiles. l. 1. §. 1. D. 6. 1.
Das A. L. R. §. 6. seq. I. 2. O. G. B. §. 293.
die unbeweglichen und beweglichen Sachen;
der Code Napoléon:
Art. 516. Tous les biens sont meubles ou immeubles.
Als unbewegliche Sachen, d. h. also als sachliche Bestandtheile des Grundeigenthums werden demnächst bezeichnet:
1) die natürlichen Bestandtheile des Erdkörpers, d. h. also der Grund und Boden in seiner natürlichen sachlichen Zusammensetzung; so im Röm. Recht:
res, quae solo continentur. l. 1. §. 1. D. 6. 1.
fundus est omne quid quid solo tenetur. l. 115. D. 50. 16.
veluti arundineta et salicta, antequam caesa sint. l. 12. §. 11. D. 33. 7. crusta l. 9. §. 2. D. 39. 2. lapides, arenae. l. 25. §. 1. D. 47. 2.
im A. L. R. I. 2.
§. 43. Unbewegliche Sachen, die mit einer anderen unbeweglichen durch die Natur verbunden worden, machen mit ihr nur eine Substanz aus d. h. das ganze Grundstück im Gegensatz der Pertinenzstücke. §. 443. I. 20.
Das O. G. B.:
Alle brauchbaren Dinge, welche die Erde und ihre Oberfläche hervorbringt, bleiben so lange ein unbewegliches Vermögen, als sie nicht von Grund und Boden abgesondert werden. §. 295.
Im Code Napoléon:
Art. 518. Les fonds de terre sont immeubles par leur nature.
2) die in der Erde wurzelnden Pflanzen.
Daher sagt das Röm. Recht:
arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus á fundo. l. 40. D. 19. 1.
rationem enim non permittere, ut alterius arbor intelligatur, quam cujus fundo radices egisset. l. 7. §. 13. D 41. 1.
fructus pedentes pars fundi videntur. l. 44. D. 6. 1.
Das A. L. R. I. 2.
§. 45. Auch bewegliche natürliche Zuwüchse einer Sache sind nur so lange, als sie davon noch nicht, vermöge des gewöhnlichen Nutzungsrechts (resp. auch in anderer Weise), abgesondert worden, für ein Zubehör derselben anzusehen.
und I. 9.
§. 221. Die Früchte einer Sache sind, gleich bei ihrem

Entstehen, das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat.

Das O. G. B.:

§. 295. Gras, Bäume, Früchte und alle brauchbare Dinge, welche die Erde auf ihrer Oberfläche hervorbringt, bleiben so lange ein unbewegliches Eigenthum, als sie nicht vom Grund und Boden abgesondert sind.

§. 405. Die natürlichen Früchte eines Grundes, nämlich solche Nutzungen, die er, ohne bearbeitet zu werden, hervorbringt, als Kräuter, Schwämme und dergleichen, wachsen dem Eigenthümer des Grundes zu.

Der Code Napoléon:

Art. 520. Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles.

Art. 547. Les fruits naturels ou industriels de la terre appartiennent au propriétaire par droit d'accession.

Alle vorstehend unter 1. und 2. bezeichneten Bestandtheile des Grundeigenthums gelten also als unbeweglich, so lange sie nicht vom Grund und Boden getrennt sind, also ohne Rücksicht darauf, ob sie ohne Zerstörung ihrer Substanz von dem Ort ihrer Existenz getrennt werden können oder nicht, es ist also nicht ganz richtig, wenn das A. L. R. und O. G. B. den Begriff der Unbeweglichkeit dahin bestimmen:

Das A. L. R. 1. 2.

§. 6. Je nachdem eine Sache, ihrer Substanz unbeschadet, von einer Stelle zur anderen gebracht werden kann, oder nicht, wird sie für beweglich oder unbeweglich angesehen,

und das O. G. B.

§. 293. Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur anderen versetzt werden können, sind beweglich, im entgegengesetzten Falle sind sie unbeweglich.

Deshalb machen diese Gesetzbücher noch den Zusatz:

das A. L. R. 1. 2.:

Auch bewegliche natürliche Zuwüchse einer Sache . . . sind für ein Zubehör derselben anzusehen. §. 45.

Das O. G. B. sagt:

Sachen, die an sich beweglich sind, werden im rechtlichen Sinne für unbeweglich gehalten, wenn sie das Zubehör einer unbeweglichen Sache ausmachen. §. 293.

Dahin gehören . . . Der Zuwachs einer Sache, so lange er von derselben nicht abgesondert ist. §. 294.

Ihren eigentlichen Sinn erhält die angegebene Definition erst, wenn es sich nicht um die natürlichen Bestandtheile des Grundeigenthums handelt, sondern um diejenigen Sachen, welche erst mit dem Grund und Boden verbunden werden.

3) die für immer in der Erde befestigten Sachen.

Wenn eine Sache für immer in der Erde befestigt ist, so bildet sie mit der Grundfläche ein Ganzes. Der Eigenthümer der Grundfläche ist daher auch Eigenthümer der so verbundenen Sache.

Ob eine Sache für immer in der Erde befestigt ist, das ist aus der Art der Befestigung und der Bestimmung der Sache zu entnehmen. Es fallen unter diesen Gesichtspunkt namentlich die Bauwerke, d. h. diejenigen Bauwerke, deren Bestimmung ist, auf dem Ort, auf welchem sie errichtet werden, stehen zu bleiben.

Das Röm. Recht sagt daher:

omne quod solo inaedificatur, solo cedit. l. 7. §. 10. D. 41. 1.

cum fundus sine instrumento legatus sit, dolia, molae, olivariae, et praelum, et quaecunque infixa inaedificataquesunt, fundo legato continentur. l. 21. D. 33. 7.

Unter dem infixum, inaedificatum ist aber eine Verbindung für immer gemeint, daher heißt es einerseits:

multa enim defossa esse, neque tamen fundi aut villae haberi. l. 17 pr. D. 19. 1.

und andererseits:

granaria, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum defossi sunt, quod si supra terram sunt, rutis et caesis cedunt. l. 18. D. 19. 1.

Bezüglich des Sprachgebrauchs ist zu erwähnen:

fundi appellatione omne aedificium et omnis ager continetur. Idem ager cum aedificio fundus dicitur. l. 211. D. 50. 16.

fundus entspricht also ganz dem deutschen Wort Grundstück.

Weitere Unterscheidungen sind:

sed in usu urbana aedificia aedes, rustica villae dicuntur.

locus vero sine aedificio in urbe area, rure autem ager appellatur. l. c.

Die Grundfläche und das Gebäude gelten als ein Ganzes, daher heißt es ebenso:

villa pars fundi habetur. l. 15. §. 2. D. 33. 7.

als:

solum partem aedium esse. l. 49. D. 6. 1.

und

area est pars domus et contra. l. 21. D. 13. 7.

Das A. L. R. enthält zunächst die schon erwähnte Begriffsbestimmung der unbeweglichen Sachen, und nennt demnächst unter den unbeweglichen Sachen namentlich die Gebäude. §. 75. 1. 2.

Das O. G. B. enthält ebenfalls die schon erwähnte Begriffsbestimmung der unbeweglichen Sachen und sagt dann noch speziell:

§. 297. Ebenso gehören zu den unbeweglichen Sachen diejenigen, welche auf Grund und Boden in der Absicht aufgeführt werden, daß sie stets darauf bleiben sollen, als Häuser und andere Gebäude ... Alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist....

Der Code Napoléon sagt:

les bâtimens sont immeubles par leur nature. Art 517.

und speziell:

Art. 519. Les moulins à vent ou à eau, fixes sur piliers et faisant partie du bâtiment, sont aussi immeubles par leur nature.

II. Verhältniß eines Gebäudes zu seinen Bestandtheilen.

Es ist zu erörtern, inwiefern die einzelnen Theile eines Gebäudes als Bestandtheil des Gebäudes anzusehen sind, und also zum Sacheigenthum des Grundeigenthümers gehören.

§. 7.

An einem Gebände befestigte Sachen gelten als Bestandtheil des Gebäudes, wenn sie durch die Weise der Verbindung als Theil des Baues oder als für immer damit verbunden erscheinen.

Das Röm. Recht sagt daher:

1) aedibus distractis vel legatis ea esse aedium, quae quasi pars aedium habentur. l. 13. §. 31. D. 19. 1.

und in Bezug auf einzelne Gegenstände:

quae tabulae pictae protectorio includuntur (itemque) crustae marmoreae aedium sunt. l. 17. §. 3. D. 19. 1.

ut inserta et inclusa aedificio partem ejus esse. l. 38. §. 2. D. 19. 1.

speculuria quoque adfixa magis puto, domus esse partem. l. 12. §. 25. D. 33. 7.

sigilla et statuae adfixae instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt. l. 12. §. 23. D. 33. 7.

jedoch mit der Maaßgabe

statuae adfixae basibus structilibus, aut tabulae relegatae catenis aut erga parietem adfixae, aut si similiter cohaerent lychni, non sunt aedium: ornatus enim aedium causa parantur, non quo aedes perficiantur. l. 245. D. 50. 16. d. h. sie dienen nicht zur Konstruktion des Gebäudes.

2) Andrerseits wird gesagt:

Dolea fictilia, item plumbea, quibus terra adgesta est, et in his viridaria posita, aedium esse Labeo, Trebatius putant: ita id verum puto, si ita illigata sunt aedibus, ut ibi perpetuo positae sint. l. 26. D. 33. 7.

Labeo generaliter scripsit: ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt aedificii esse: quae vero ad praesens non esse aedificii, utputa fistulae, temporis quidem causa positae, non sunt aedium, si perpetuo fuerint positae aedium sunt. l. 17. §. 7. D. 19. 1.

Das A. L. R. fordert eine fortwährende Verbindung. §. 42. I. 2. und enthält dann zwei Hauptsätze.

1) Möbeln, Hausrath und Geräthschaften gehören zu einem Wohnhause,

wenn sie ohne Beschädigung des Baues nicht weggenommen werden können, §. 78. (in diesem Falle erscheinen sie als ein Theil des Baues.)

2) Demnächst wird eine Vermuthung bezüglich der fortwährenden Verbindung aufgestellt:

§. 80. Es wird vermuthet, daß eine bewegliche Sache zum Pertinenzstück eines Gebäudes bestimmt sei, wenn dieselbe eingegraben, eingegossen, eingemauert oder durch Zimmerarbeit damit verbunden ist.

§. 81. Diese Vermuthung fällt aber weg, wenn aus der eigenthümlichen Beschaffenheit eines solchen Stückes erhellet, daß dasselbe nicht zum Gebrauche des Hauses, sondern der Person des bisherigen Besitzers, oder einer anderen beweglichen Sache, die selbst kein Pertinenzstück ist, bestimmt gewesen.

Das O. G. B. sagt:

Ebenso gehören zu den unbeweglichen Sachen: . . . Gebäude . . . Alles, was erd-, mauer-, niet- und nagelfest ist. §. 297.

Der Code Napoléon bestimmt nicht bloß bezüglich der Gebäude, sondern allgemein bezüglich der fonds:

Sont aussi immeubles par destination, tous effets mobiliers, que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure. Art. 524.

Art. 525. Le propriétaire est censé avoir attaché à son fonds des effets mobiliers à perpétuelle demeure, quand ils y sont scellés en plâtre, ou à chaux ou à ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans être fracturés et détériorés ou sans briser ou détériorer la partie du fonds à la quelle ils sont attachés.

und speziell bezüglich der Gebäude:

a) Les glaces d'un appartement sont censées mises a perpétuelle demeure, lorsque le parquet sur lequel

elles sont attachées fait corps avec la boiserie. Il en est de même des tableaux et autres ornements.

b) Quant aux statues, elles sont immeubles, lorsqu'elles sont placées dans une niche pratiquée exprès pour les recevoir, encore qu'elles puissent être enlevées sans fracture ou détérioration.

Anmerkung. Ist die Befestigung noch nicht bewirkt, so können die Sachen noch nicht als Bestandtheil des Gebäudes angesehen werden, ebenso können die Sachen nicht mehr als Bestandtheil des Gebäudes angesehen werden, wenn die Befestigung aufgehört hat.

Das Röm. Recht sagt daher ganz richtig:

Item, quod insulae causa paratum sit, si nondum perfectum est, quamvis positum in aedificio, non tamen videtur aedium esse. l. 17. §. 5 D. 19. 1.

at quae paratae sunt, ut imponantur, non sunt aedificii. l. 10. l. c.

Pali, qui vineae causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non sunt. l. 17. §. 11. l. c.

Ebenso sagt der Code Napoléon richtig:

Art. 532. Les matériaux provenant de la démolition d'un édifice, ceux assemblés pour en construire un nouveau, sont meubles, jusqu'à ce qu'ils soient employés par l'ouvrier dans une construction. (d. h. wirklich verbaut.)

Das A. L. R. enthält dagegen eine unrichtige Bestimmung.

Das Röm. Recht sagt:

tegulam autem, et tignum ejus rei causa paratum, instrumento contineri, si ad hujus modi causum habeat tigna parata ad alios usus non deservientia. Proinde et fulcimenta, si quae habebat huic rei necessari aetiam ea instrumento domus continebuntur. l. 12. §. 19. D. 33. 7.

Wahrscheinlich dadurch veranlaßt, daß das Instrumentum fundi nach der Auffassungsweise des A. L. R. als Zubehör des Grundstücks gilt, hat das A. L. R. bestimmt 1. 2.:

§. 88. Materialien, welche zur Ausbesserung, Verschönerung oder Vergrößerung eines Gebäudes bestimmt und schon auf dem Bauplatz befindlich sind, gehören zu den Pertinenzstücken.

§. 89. Desgleichen diejenigen Materialien, welche von einem eingefallenen Gebäude noch (d. h. auf dem Platze) vorhanden sind.

Diese Bestimmung ist jedoch unrichtig. Nur die wirkliche Verbindung, Befestigung macht eine Sache zum Bestandtheil resp. Zubehör eines Gebäudes. Nur, wenn ein Grundstück mit den Materialien, resp. ein im Bau begriffenes Gebäude, veräußert wird, läßt sich sagen, daß die bezeichneten Materialien als mit veräußert

anzusehen sind, nämlich nach der Intention, resp. im Verhältniß der Kontrahenten zu einander.

III. Zubehör des Grundeigenthums.

Sachen, welche weder ein Bestandtheil des Grund und Bodens, noch ein Bestandtheil eines Gebäudes sind, stehen an sich in keiner rechtlichen Beziehung zum Grundeigenthum.

Im wirklichen Recht wird jedoch der Begriff des Grundeigenthums in der Art erweitert, daß, wenn ein bestimmtes Grundstück zu einem bestimmten dauernden Zwecke eingerichtet wird, diejenigen Sachen, welche nur die Bestimmung haben, zur Erreichung dieses Zweckes zu dienen, auch ohne körperliche Vereinigung mit dem Grund und Boden oder dem Gebäude, als zu dem Grundstück gehörig betrachtet werden.

An Stelle einer natürlichen Verbindung tritt also eine rechtliche Verbindung, und es ergiebt sich auf diese Weise der Begriff des Zubehörs eines Grundstücks. Die Eigenthümlichkeit desselben besteht darin, daß eine an sich bewegliche Sache mit dem Grundstück in rechtlicher Beziehung in der Art verbunden ist, daß das Grundstück mit der Sache als ein einziges Ganzes in Betracht kommt. Der Grundeigenthümer ist zugleich Eigenthümer des Zubehörs. Welche Sachen in dieser Weise als Zubehör eines Grundstücks anzusehen sind, darüber entscheidet im Allgemeinen die dem Grundstück gegebene Bestimmung. Es kommt vornämlich in Betracht:

1) das Zubehör eines Gebäudes;
2) das Zubehör eines Landgutes.

Wenn theilweise auch noch ein allgemeinerer Begriff des Zubehörs dahin aufgestellt wird, daß auch eine bewegliche Sache Zuhör einer andern beweglichen Sache sein könne, so hat dies einen ganz andern Sinn, als wenn von dem Zubehör eines Grundstücks gesprochen wird.

Dadurch daß eine bewegliche Sache Zubehör eines Grundstücks wird, überkommt sie selbst die Eigenschaft einer unbeweglichen Sache, sie bildet mit dem Grundstück in jeder Beziehung nur ein einziges Ganzes.

Soweit also Jemand ein Recht am Grundstück hat, hat er auch ein Recht am Zubehör des Grundstücks.

Wenn dagegen eine bewegliche Sache Zubehör einer beweglichen Sache ist, so hat dies nur den Sinn, daß die eine Sache als Hauptsache gilt und ihr eine andere Sache als Nebensache beigefügt ist.

Es hat dies namentlich die Wirkung, daß, wenn Jemandem durch eine Willenserklärung oder in Folge einer gesetzlichen Bestimmung die Hauptsache zufällt, er auch Anspruch auf deren Zubehör hat. Dagegen ist der Eigenthümer der Hauptsache nicht ohne Weiteres Eigenthümer der Nebensache, und wer ein dingliches Recht an

der Hauptsache hat, hat nicht ohne Weiteres auch ein dingliches Recht an der Nebensache, sondern sowohl das Eigenthum als jedes andere dingliche Recht muß auch bezüglich der Nebensache besonders erworben werden.

A. Zubehör eines Gebäudes.

§. 8.

Sachen, welche vermöge gesetzlicher Bestimmung bei einem Gebäude vorhanden sind oder landüblich nur zum Gebrauch bei einem bestimmten Gebäude dienen, sind ein Zubehör des Gebäudes.

Das Römische Recht sagt daher:

Aedium autem multa esse, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet. ut puta seras, claves, claustra. l. 17. pr. D. 19. 1.;

ea esse aedium, quae propter aedes habentur, ut puta puteal. l. 13. §. 31. D. 19. 1.;

id est, quo puteum operitur. l. 14. l. c.;

fistula autem et canales et crateres, et si quae sunt alia ad aquas salientes necessaria: item serrae et claves magis domus portio, quam domus instrumentum sunt. l. 12. §. 24. D. 33. 7.;

castella plumbea, putea, opercula puteorum, epitonia fistulis adplumbata aut quae terra continentur, quamvis non sint adfixa, aedium esse constat. l. 17. §. 8. D. 19. 1.

Das A. L. R. bezeichnet als Zubehör eines Gebäudes namentlich:

Schlüssel zu befestigten Schlössern (§. 84.), bewegliche Oefen, Ofenthüren, Haus- und Bodenleitern und Feuerlösch-Instrumente (§. 85. 1. 2:)

Das O. G. B.:

Diejenigen Dinge, die zum anhaltenden Gebrauche eines Ganzen bestimmt sind, z. B. Brunnen-Eimer, Seile, Ketten, Löschgeräthe u. dergl. §. 297.

B. Zubehör eines Landgutes.

§. 9.

Zubehör eines Landgutes sind alle dem Grundeigenthümer gehörigen, auf dem Landgute befindlichen Sachen, insoweit sie nach wirthschaftlichen Grundsätzen

zur Fortführung der Wirthschaft bestimmt und erforderlich sind.

Dem Römischen Recht ist eine derartige Anschauungsweise fremd. Es sagt:

Instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus exerceri nequiret possessio. l. 12. pr. D. 33. 7.

und namentlich:

In instrumento fundi ea esse quae fructus quaerendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt. l. 8. pr. D. 33. 7.

Zum Begriff des Instrumenti gehört also:

1) Die Sachen müssen zur Benutzung des Grundstücks, nicht der Person des Besitzers bestimmt sein:

ad cultum custodiamve villae. l. 12. §. 35. l. c.
tam villae quam agri custodiam. l. 15. §. 2. l. c.
non usus sui gratia sed custodiae gratia. l. 15. §. 2. l. 12. §. 29. l. c.

nicht

quo instructior esset pater familias. l. 12. §. 15. l. c.
ut instructior esset pater familias. l. 12. §. 27. l. c.

2) Die Sachen müssen die Bestimmung haben, mit dem Grundstück verbunden zu bleiben, also Sachen:

quae eo animo transtulit pater familias, ut fundi instrumentum faceret,

nicht Sachen:

quae temporis causa illic fuerunt. l. 12. §. 37. l. c.

Das Römische Recht geht aber von der Ansicht aus, daß das Instrumentum kein Zubehör des Grundstücks ist:

sive cum instrumento fundus legatus sit, sive instructus, duo legata intelliguntur. l. 1. pr. D. 33. 7.

fundo legato, instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit. l. 14. D. 33. 10.

Das Grundstück und das Instrumentum gelten als ihrer Natur nach durchaus verschiedene Sachen, das Grundstück als unbeweglich, das Instrumentum als beweglich:

fundus fundi instrumentum esse non potest. l. 12. §. 11. D. 33. 7.

ea, quae solo continentur instrumenti fundi non esse. l. 12. §. 11. D. 33. 7.

instrumentum cujusque rei necesse est, alterius generis esse atque ea quaeque sit. l. 29. D. 33. 7.

und eine bewegliche Sache kann, wenige Sachen ausgenommen, nicht als zum Grundstück gehörig angesehen werden:

nullae autem ex his rebus, quae moveri possunt,

paucis exceptis, fundi appellatione continentur. l. 21. D. 33. 7.

Die neueren Gesetzbücher enthalten eine entgegengesetzte Anschauungsweise. Sie erachten es für zulässig, durch eine dauernde Verbindung bewegliche Sachen zu einem Zubehör eines Grundstücks zu machen. Daher sagt das A. L. R. I. 2.:

§. 42. Eine Sache, die zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer anderen Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden, wird ein Zubehör oder Pertinenzstück genannt.

§. 44. Dagegen haben sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen, die einem anderen Ganzen durch die Handlung oder oder Bestimmung eines Menschen zugeschlagen werden, die Eigenschaft eines Pertinenzstückes.

§. 46. Die Nebensache, ohne welche die Hauptsache zu ihrer Bestimmung nicht gebraucht werden kann, wird, auch ohne ausdrückliche Erklärung, als Zubehör angesehen.

§. 105. Pertinenzstücke nehmen, so lange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil.

Das O. G. B.:

Sachen, die an sich beweglich sind, werden im rechtlichen Sinne für unbeweglich gehalten, wenn sie vermöge des Gesetzes oder der Bestimmung des Eigenthümers das Zubehör einer beweglichen Sache ausmachen. §. 293.

§. 294. Unter Zubehör versteht man dasjenige, was mit einer Sache in fortdauernde Verbindung gesetzt wird. Dahin gehören auch die Nebensachen, ohne welche die Hauptsache nicht gebraucht werden kann, oder die das Gesetz oder der Eigenthümer zum fortdauernden Gebrauch der Hauptsache bestimmt hat.

Der Code Napoléon:

Les objets, que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service de ce fonds, sont immeubles par destination. Art. 524.

Daß der Eigenthümer des Grundstücks nur ihm eigenthümlich gehörende Sachen zu Pertinenzstücken machen kann, sagt das O. G. B., der Code Napoléon durch die Definition, das A. L. R. bestimmt speziell:

§. 108. Was sonst, seiner Natur nach, ein Permanenzstück ist, hat diese Eigenschaft nicht, sobald es einem andern, als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört.

§. 60. Insofern alle vorstehend benannten Stücke bei einem Gute zwar befindlich, aber nicht dem Eigenthümer, sondern einem Dritten zuständig sind, haben sie nicht die Eigenschaft der Pertinenzstücke.

Den Begriff des Zubehörs eines Landgutes bestimmt das A. L. R. I. 2. dahin:

§. 48. Als Pertinenzstück eines Landgutes werden in der Regel alle darauf befindlichen Sachen angesehen, welche zum Betriebe des Ackerbaues und der Viehzucht gebraucht werden.

Das O. G. B. nennt die einzelnen Arten der Sachen und sagt, sie werden insofern für unbeweglich gehalten:

als sie zur Fortsetzung des ordentlichen Wirthschaftsbetriebes erforderlich sind. §. 296.

Ebenso sagt der Code Napoléon:

Ainsi sont immeubles par destination, quand ils ont été placés par le propriétaire pour le service et l'exploitation du fonds: les animaux etc. Art. 524.

und nennt dann die einzelnen Sachen.

Diejenigen Sachen, welche die Gesetzbücher erwähnen als Instrumentum fundi, resp. als Zubehör eines Landgutes, fallen unter folgende Gesichtspunkte:

1) Geräthschaften.

Das Römische Recht sagt:

Vasa utilia culturae. l. 8. pr. D. 33. 7.

und

in quibus fructus componuntur: sed et ea, quae exportandorum fructuum causa parantur. l. 12. §. 1. D. 33. 7.

Das A. L. R. hebt namentlich hervor:

Das Feld-Inventarium an Pflugarten. §. 50. I. 2.

Die zum Vieh-Inventarium gehörigen Geräthschaften. §. 52.

Das O. G. B. erwähnt:

alle zu einem liegenden Gute gehörigen Werkzeuge und Geräthschaften. §. 296.

Der Code Napoléon:

les utensiles aratoires.

und speziell:

les pressoirs, chaudières, alambics, cuves et tonnes; les utensiles nécessaires à l'exploitation des forges, papeteries et autres usines. Art. 524.

2) Thiere.

Abgesehen von den homines, servi, qui agrum colunt, l. 8. pr. D. 33. 7., per quos ager colitur, l. 12. §. 8. l. c., qui agri gratia ibi sunt l. 12. §. 2. l. c., fundi colendi gratia, colendi agri causa l. 19. pr. l. c., qui familiae rusticae causa parati sunt, ad usum rusticum parati, l. 12. §. 5. l. c. nennt das Römische Recht:

a) boves domiti et pecora stercorandi causa parata. l. 8. pr. l. c.

grex ovium ideo comparatus, ut ex saltu fructus percipi poterit l. 9. l. c. und zwar ohne Rücksicht auf die Anzahl, denn die Ansicht, daß zum Instrumentum nur so viel pecus gehöre, quod fundus sustinere potuisset, wird verworfen und gesagt:

nec quaerendum esse, quid debuisset parari pecoris instrumenti fundi causa, sed quid paratum esset. l. 25. pr. l. c.

Dagegen gehört nicht zum Instrumentum fundi der grex ovium. si ita comparatus sit, ut ex eo fructus caperetur. l. 9. l. c.

b) Die übrigen Thiere, je nach der Art und Weise der Nutzung des Grundstücks, so:
   1) Canes, et caetera quae ad venationem sunt necessaria, si in agro venationes sunt, maxime si ager ex hoc reditum habuit. l. 12. §. 12. l. c. si quaestus fundi ex maxima parte in venationibus consistat. l. 22. pr. l. c.
   2) alvei et apes, si reditus ex melle constat. l. 10. l. c.
   3) et aves instrumento, exemplo apium, contineri, si ab aucupio reditus sit. l. 12. §. 13. l. c. eadem ratio est in avibus, quae insulis maritimis aluntur. l. 11. l. c.
   4) dagegen wohl nicht pisces, qui in stagno sunt. l. 3. §. 14. 15. 16. D. 41. 2.

Das A. L. R.:

a) Alles auf dem Gute befindliche, zu dessen Bewirthschaftung bestimmte Zug- und Lastvieh, ingleichen alles vorhandene nutzbare Vieh, §. 52. 1. 2., jedoch unbedingt wohl nur dasjenige, was ohne wirklichen Nachtheil des Wirthschaftsbetriebes nicht füglich veräußert werden kann. §. 97. 2c. 1. 24. A. G. O.

   An jungem Vieh so viel, als zur Unterhaltung des Bestandes erforderlich ist. §. 53. 2. 1.

   Nicht Zubehör ist Vieh, welches bloß zum Verkaufe oder Hausgebrauch auf die Mast gestellt worden. §. 54. l. c.

b) Andere Thiere. Der leitende Grundsatz ist:

   §. 57. Ueberhaupt sind Thiere, welche bloß zum Haus- oder persönlichen Gebrauche, oder zum Vergnügen des Besitzers gehalten werden, unter den Pertinenzstücken eines Landgutes nicht mit begriffen.

Daher werden zum Zubehör eines Landgutes gerechnet:

   gemeine Hühner, Gänse, Enten, Tauben u. Truthühner, §. 58.; seltene Arten von Federvieh dagegen nur insoweit, als nicht gemeine Arten in einer verhältnißmäßigen Anzahl vorhanden sind §. 59.;

und speziell zum Zubehör eines Teiches:

Die in den Teichen zur Besamung oder zum Wachsthum ausgesetzten Fische. §. 55.

Das O. G. B. sagt nur:

Alles Vieh. §. 296.

Der Code Napoléon;

Les animaux attachés à la culture,

und speziell:

les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les ruches à miel, les poissons des étangs. Art. 524.

3) Dünger und Streu.

Nach der Anschauungsweise des Römischen Rechts waren sterculinum und stramenta Bestandtheile des fundus, also nicht Instrumentum:

fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emptoris et legatarii sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est, ut si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emptorem sequatur, si vendendi venditorem. l. 17. §. 2. D. 19. 1.

Das A. L. R. rechnet zum Zubehör:

Das Feld-Inventarium an Düngung. §. 50.

Allen Vorrath an natürlicher und künstlicher Düngung, §. 51., jedoch auch wohl nur mit der aus §. 97. ꝛc. 1. 24. A. G. O. folgenden Maaßgabe.

Das O. G. B. enthält keine spezielle Bestimmung.

Der Code Napoléon nennt:

les pailles et engrais. Art. 524.

4) Gutserzeugnisse und Aussaat.

Das Römische Recht rechnet zu dem Instrumentum fundi.

1) Arundinetae et salicta si caesa sunt.. idem et in palis erit dicendum. l. 12. §. 11. D. 33. 7.
2) semina. l. 18. §. 9. l. c. frumentum quod serendi causa sepositum est. l. 12. pr. l. c.
3) frumentum et vinum ad cibaria paratum. l. 12. pr. l. c. frumentum repositum ad manicipiorum exhibitionem. l. 18. §. 9. l. c.

also nicht:

fructus, ibi repositi, ut venirent vel in alium usum, quam fundi converterentur. l. 12. §. 30. l. c.

Das A. L. R. rechnet zum Zubehör:

1) Vorräthe von Gutserzeugnissen, welche erforderlich sind, um die Wirthschaft so lange fortzusetzen, bis dergleichen Erzeugnisse aus dem Gute selbst nach dem gewöhnlichen Laufe der Natur wieder gewonnen werden können. §. 49. 1. 2.

namentlich:

von dem vorhandenen geschlagenen Holz so viel, als zur Fort-

führung der Wirthschaft bis zum nächsten gewöhnlichen Holzschlage erforderlich ist. §. 66.

2) Das Feld-Inventarium an Aussaat. §. 50.

Das O. G. B. nennt:

Das Getreide, das Holz, das Viehfutter und alle übrige, obwohl schon eingebrachte Erzeugnisse. §. 296.

Der Code Napoléon nennt nur:

les semences données aux fermiers ou colons partiaires. Art. 524.

Welche bewegliche Sachen, außer den vorstehend speziell erwähnten, als Pertinenz eines Grundstücks anzusehen sind, darüber muß nach der verschiedenen, dem Grundstück gegebenen Bestimmung entschieden werden.

Das A. L. R. enthält hierüber detaillirte Bestimmungen. cf. §. 64. ff. 2. 1.

C. Vorübergehende Trennung eines Zubehörs vom Grundstück.

§. 10

Die Trennung einer zu einem Grundstück gehörenden Sache nur in Folge einer bestimmten vorübergehenden Ursache hat nicht die Wirkung, die Verbindung mit dem Grundstück aufzuheben.

Das Römische Recht sagt daher:

straturam loci alicujus ex tabulis factis, quae aestate tollerentur et hyeme ponerentur, aedium esse, ait Labeo, quoniam perpetui usus causa paratae essent, neque ad rem pertinere, quod interim tollerentur, l. 242. §. 4. D. 50. 16., sive in aedificio sunt posita, sive ad tempus detracta, l. 12. §. 25. D. 33. 7., pali, qui exempti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. l. 17. §. 11. D. 19. 1., ea quae ex aedificio detracta sunt, ut reponantur, aedificii sunt. l. 17. §. 10. D. l. c.

namentlich:

tegulae, quae detractae sunt, ut reponerentur, aedibus accedunt. l. 18. §. 1. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 2.:

§. 106. Sie (die Pertinenzstücke) verlieren diese Eigenschaften nicht, wenn sie gleich einer vorübergehenden Ursache wegen auf eine Zeit lang von der Hauptsache getrennt werden.

§. 107. Mit der Hauptsache gehet das Recht auf die Per=

tinenzstücke auch auf solche, die nur für einige Zeit von der Sache getrennt werden, auf den neuen Besitzer mit über.

Das O. G. B. und der Code Napoléon enthalten keine bezügliche Bestimmung.

Zweite Unter-Abtheilung.

Rechtsverhältnisse der Grundeigenthümer gegen einander, in Folge der natürlichen Continuität des Grund und Bodens.

I. In Folge der natürlichen Beschaffenheit des fließenden Wassers.

Eigenthümliche Rechtsverhältnisse entstehen zwischen Grundeigenthümern in Folge der eigenthümlichen Natur des fließenden Wassers.

Seine Natur läßt keinen ausschließlichen Besitz zu.

Es ist zu unterscheiden: das nicht in natürlichen Flußbetten wild fließende Wasser und das in natürlichen Flüssen fließende Wasser.

Gegen das wild abfließende Wasser darf sich zwar jeder Grundeigenthümer schützen, aber er darf den natürlichen Abfluß zum Nachtheil anderer Grundeigenthümer nicht verändern.

Bezüglich der Flüsse hat jeder Grundeigenthümer das Nutzungsrecht, aber er darf den natürlichen Lauf des Wassers zum Nachtheil anderer Grundeigenthümer nicht ändern.

A. Das wild ablaufende Wasser.

§. 11.

Kein Eigenthümer darf etwas unternehmen, wodurch der natürliche Abfluß der wild ablaufenden Gewässer zum Nachtheil eines anderen Grundeigenthümers geändert wird.

Im Römischen Recht wurden die actio aquae pluviae arcendae gegeben:

si aqua pluvia agro noceat. l. 1. §. 17. D. 39. 3.

außer diesem Falle die actio de fluminibus et stillicidiis.

Unter aqua pluvia war zu verstehen:

quae de coelo cadit, atque imbre excrescit, sive per se haec aqua coelestis noceat, sive cum alia mista sit. l. 1. §. 1. D. 39. 3.

Bedingung des Anspruchs war:

cum quis manu fecerit, quo aliter flueret, quam natura soleret. l. 1. §. 1. D. l. c.

und zwar:

quotiens manu facto opere agro aqua nocitura est — opus, ex quo damnum timetur. l. 1. §. 1. D. l. c.

Die Klage stand also zu:

superiori adversus inferiorem, ne aquam, quae natura fluat, opere facto inhibeat, per suum agrum decurrere.

und

inferiori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat, quam fluere natura solet. l. 1. §. 13. D. l. c.

Vornämlich aber kam in Betracht das Recht des höher liegenden Grundstücks. In diesem Sinne heißt es:

semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant. l. 1. §. 22. l. c.

semper inferiorem (agrum) superiori servire. l. 1 §. 23. l. c.

Das A. L. R. erwähnt nur die Verpflichtung des unterhalb liegenden Nachbars, dergleichen Wasser aufzunehmen, und also dem obern die Vorfluth zu gestatten. §. 103. ff. 1. 8.

Das O. G. B. enthält gar keine bezügliche Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 640. Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux, qui sont plus élevés, à recevoir les eaux, qui en découlent naturellement, sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever le digue, qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire, qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

B. Das Flußwasser.

§. 12.

Jeder Grundeigenthümer, durch oder neben dessen Grundstück ein Fluß fließt, kann darüber mit der Beschränkung verfügen, daß er den natürlichen Lauf des Wassers nicht verändert.

Das Römische Recht verordnet:

1) Praetor ait: Uti de eo fonte, quo de agitur, hoc anno aqua nec vi, nec clam, nec precario ab illo usus es: quo minus ita utaris, vim fieri veto. l. 1. pr. D. 43. 22.

Voraussetzung ist, daß es sich um eine Quelle handelt, d. h. ein Gewässer, welches perpetuam causam hat, viva aqua l. 1. §. 4. D. l. c.

Namentlich war es erlaubt:

aquam coercere, utique ea, dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi, non clam, non precario ab illo usus es. l. 1. §. 6 l. c.

Unerlaubt war aber:

vias novas quaerere, vel aperire: hic enim innovat aliquid praeter id, quod praecedenti anno usus est. l. 1. §. 9. l. c.

2) Bezüglich eines flumen publicum heißt es:

In flumine publico, inve ripa ejus facere aut in flumen ripamve ejus immittere, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, veto. l. 1. pr. D. 43. 13.

Man wurde verantwortlich:

Si mutetur aquae cursus per hoc, quod factum est.

und zwar:

cum incommodo accolentium — si modo hoc factum ejus incommodum circa colentibus adferat. l. 1. §. 3. 4. D. c.

Das A. L. R. verordnet 1. 8.:

§. 99. Auch in Privatflüssen darf zum Nachtheil der Nachbarn und Uferbewohner durch Hemmung des Ablaufs derselben nichts unternommen oder verändert werden.

§. 100. Vielmehr ist der Regel nach ein Jeder die über sein Eigenthum gehenden Gräben und Kanäle, wodurch das Wasser seinen ordentlichen und gewöhnlichen Ablauf hat, zu unterhalten verbunden.

§. 101. Sind es Scheidegräben, so muß in der Regel die Unterhaltung von den beiderseitigen Nachbarn bis zur Mitte des Grabens geschehen.

Das O. G. B. sagt:

Allein Niemand darf solche Werke oder Pflanzungen anlegen, die den ordentlichen Lauf des Flusses verändern. §. 413.

Der Code Napoléon unterscheidet:

1) Celui, qui a une source dans son fonds, peut en user à sa volonté:
   a) sauf le droit que le propriétaire du fonds inférieur pourrait avoir acquis par titre ou par préscription. Art. 641.
   b) Le propriétaire de la source ne peut en changer le cours, lorsqu'il fournit aux habitans d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire, mais si les habitans n'en ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est reglée par experts. Art. 643.

2) Bezüglich der Flüsse:

Art. 644. Celui dont la propriété borde une eau courante autre que celle qui est declarée dependance du domaine public, peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse l'héritage, peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, a la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

C. Schutz gegen die Gewalt des Wassers.

§. 13.

Jeder Grundeigenthümer ist berechtigt, sein Grundeigenthum in einer dem Zweck entsprechenden Weise gegen die Gewalt des Wassers zu schützen.

Den allgemeinen Grundsatz sprechen aus:

das Römische Recht bezüglich des Regenwassers:

Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse: aquam enim arcere, hoc esse, curare, ne influat, quae sententia verior est. l, 2. §. 9, D. 39. 3.

bezüglich des Flußwassers:

quamvis fluminis naturalem cursum opere manufacto alio non liceat avertere, tamen ripam suam munire prohibitum non est. l. 1. C. 7. 41.

Das A. L. R. bezüglich des wilden Wassers. I. 8.:

§. 102. Gegen das außerhalb der ordentlichen Kanäle und Gräben wild ablaufende Wasser ist ein jeder Eigenthümer seine Grundstücke zu decken wohl befugt.

bezüglich des Flußwassers I. 9.:

§. 239. Dagegen ist jeder Uferbesitzer das Ausreißen des Stromes durch dazu dienliche Uferbefestigungen zu verhindern wohl befugt.

und das O. G. B.:

§. 413. Jeder Uferbesitzer ist befugt, sein Ufer gegen das Ausreißen des Flusses zu schützen.

Für den Fall, wenn durch die zum Schutz des Ufers resp. Grundstücks getroffenen Anstalten ein anderer Schaden leidet galt im Römischen Recht im Allgemeinen der Grundsatz:

neque enim ripae cum incommodo accolentium muniendae sunt. l. 1. §. 6. D. 43. 13.

Deshalb mußte auch, wer in flumine publico ripave ejus opus facere, ripae agrive, qui circa ripam est, tuendi causa beabsichtigt, eine cautio damni infecti causa bestellen, l. 1. pr. D. 43. 15., und wenn nicht kavirt war und post opus factum quid damni datum fuerat, galt der Grundsatz:

lege Aquilia experiundum est. l. 1. §. 5. D. l. c.

allein der Prätor behielt sich vor, nach Lage der Sache zu bestimmen, ob der Anspruch zu beseitigen, wenn das opus errichtet war:

ripae muniendae causa. l. 1. §. 6. D. 43. 13.

ut agrum suum tueretur. l. 1. §. 7. l. c.

Es heißt:

hoc tamen jure utimur, ut praetor ex causa aestimet, an hanc exceptionem dare debeat. l. 1. §. 6. l. c.

Der leitende Gesichtspunkt war dabei:

plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari. l. 1. §. 6. D. l. c.

oportet enim in hujusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine injuria utique accolentium l. 1. §. 7. D. l. c.

Der Code Napoléon generalisirt diese Bestimmung dahin, daß, wenn die Interessen verschiedener Grundstücksbesitzer in Kollision kommen:

S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles.

der Richter (les tribunaux en prononçant) ausgleichen solle:

doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété.

mit dem Beisatz:

et dans tous les cas les réglements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés. Art. 645.

Man wird diese Bestimmung auch anwenden müssen, wenn in Frage kommt:

wie Jemand sein Grundstück zu schützen berechtigt ist.

Das A. L. R. enthält einzelne bestimmte Regeln:

Jedermann ist nämlich berechtigt:

1) an seinem Ufer solche Veranstaltungen zu treffen, wodurch die fernere Verbreitung des gegenüberliegenden Ufers gehindert wird. §. 229. 1. 9.
2) Wenn das dem Ausreißen des Strohmes ausgesetzte Ufer nicht anders als durch solche Anlagen, welche zugleich das Anspülen befördern, hinlänglich befestigt werden kann, so ist der Uferbesitzer auch zu diesen berechtigt (in öffentlichen Flüssen unter Genehmigung des Staats). §. 240. 241.

Dagegen heißt es andererseits:

§. 237. Niemand darf durch Pflanzungen oder andere Wasserbaue das Anspülen an die Ufer eines öffentlichen Flusses vorsätzlich befördern.

Soweit eine Anspülung bereits erfolgt ist, gelten die Regeln:

1) Buhnen hingegen und andere Anlagen, wodurch der einmal vorhandene Anwuchs der Gefahr, wieder weggespült zu werden, ausgesetzt wird, darf ohne Erlaubniß des Staats Niemand anlegen. §. 230.

2) Auch der daselbst wirklich angespülte Grund und Boden darf durch Bepflanzungen nur insofern befestigt werden, als der gewöhnliche Lauf des Wassers dadurch nicht gehemmt wird. §. 238.

Das O. G. B. bestimmt allgemein:

Ueberhaupt können ähnliche Anlagen (die den natürlichen Lauf des Flusses ändern oder anderen Rechten nachtheilig werden können) nur mit Erlaubniß der politischen Behörden angelegt werden. §. 413.

II. In Folge der Interessen der bürgerlichen Gesellschaft und des Staates.

A. Begrenzung und Scheidung.

Wenn Grundstücke mit einander grenzen, so besteht nach strengem Recht für keinen der Grundeigenthümer eine Verpflichtung, eine erkennbare Grenzlinie oder eine Scheidung herzustellen. Es liegt jedoch im Interesse des Staates, Streitigkeiten zwischen benachbarten Grundeigenthümern, als eine Quelle von Störung der öffentlichen Ruhe, möglichst zu verhindern; deshalb wird jedem Grundeigenthümer das Recht gegeben, seinen Nachbar zu nöthigen, gemeinschaftlich mit ihm eine kenntliche Grenzlinie zu ziehen.

Es ist ferner, namentlich wenn die Wohnungen, wie in Städten, nahe an einander liegen, üblich, das Grundeigenthum durch Scheidungen zu umschließen. Es wird deshalb gesetzlich die Verpflichtung festgestellt, bestehende Scheidungen zu erhalten, und im Falle eines neuen Anbaues Scheidungen herzustellen.

Es ist jedoch angemessen, wenn das Gesetz nur den allgemeinen Grundsatz ausspricht, dessen nähere Bestimmung aber nach der Eigenthümlichkeit der Orte den Polizei-Anordnungen überläßt.

1. Begrenzung.

§. 14.

Jeder Grundeigenthümer ist verpflichtet, auf Verlangen seines Nachbars gemeinschaftlich mit demselben

eine erkennbare Grenze zu machen, wo eine solche nicht vorhanden ist.

Das Römische Recht läßt die actio finium regundorum zu, wo keine erkennbare Grenzscheidung vorhanden ist. Ausgeschlossen ist diese Klage daher bezüglich der Grundstücke, die:

communibus parietibus disterminantur. l. 4. §. 10. D. 10. 1.

Dagegen findet die Klage statt:

in confinio praediorum rusticorum. l. 4. §. 10. l. c.

und

et in urbe hortum latitudo contingere potest, ut etiam finium regundorum agi possit. l. c.

Die Grenzregulirung erfolgt durch mensores. l. 8. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 17.:

§. 372. Auf Wiederherstellung verdunkelter und ungewiß gewordener Grenzen ist jeder benachbarte Besitzer anzutragen wohl befugt.

§. 375. Grenzen sind verdunkelt, wenn keine von beiden Theilen dafür anerkannte hinlängliche Merkmale mehr vorhanden sind.

§. 383. Um die Verdunkelung der Grenzen zu verhüten, ist jeder Besitzer seine Nachbarn zu deren Erneuerung aufzufordern wohl befugt.

Das O. G. B. sagt:

§. 850. Wenn Grenzzeichen durch was immer für Umstände so verletzt worden sind, daß sie ganz unkenntlich werden könnten, so hat jeder Theilhaber das Recht, eine gemeinschaftliche Erneuerung der Grenzen zu verlangen.

und

§. 851. Wenn die Grenzen wirklich unkennbar geworden sind, oder bei Berichtigung der Markung ein Streit entsteht, so &c.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 646. Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contigues.

2. Scheidung.

§. 15.

Wo eine Begrenzung benachbarter Grundstücke durch Scheidungen üblich ist, müssen die vorhandenen Scheidungen erhalten und im Falle eines neuen Anbaues neue angelegt werden.

Daß Jedermann berechtigt ist, innerhalb der Grenzen seines Grundstücks Scheidungen anzulegen, versteht sich von selbst. In diesem Sinne sagt das Römische Recht (vom politischen Gesichtspunkt aus):

cunctis volentibus permittatur murali ambitu fundos proprios seu loca sui dominii constituta vallare. l. 10. C. 8. 10.

Das A. L. R. 1. 8.:

§. 149. In der Regel ist Jeder sein Grundstück durch Zäune, Planken, Mauern oder andere Scheidewände von den Grundstücken seines Nachbars zu trennen berechtigt.

§. 150. Dergleichen Scheidungen müssen aber die Grenzen gegen den Nachbar niemals überschreiten;

und der C de Napoléon:

Arto 647. Tout propriétaire peut clore son héritage.

Eine Verpflichtung zur Erhaltung vorhandener Scheidewände kommt vor bezüglich gemeinschaftlicher Scheidewände.

Sind die Scheidewände nicht gemeinschaftlich, so besteht zunächst keine Verpflichtung zu deren Erhaltung.

Das A. L. R. enthält jedoch Bestimmungen darüber, wem die Unterhaltung obliegt. §. 152., 153., 154., 158., 159.

Es ist dabei vorausgesetzt:

daß die Scheidewand erhalten werden muß.

In welchen Fällen aber eine Scheidewand erhalten werden muß, darüber enthält das A. L. R. keine Bestimmung, ausgenommen bezüglich städtischer Grundstücke, nämlich:

a) Bei Zäunen und Wellerwänden ist in der Regel jeder Besitzer städtischer Grundstücke und Gärten den Zaun rechter Hand vom Eintritt in den Haupteingang zu bauen und zu unterhalten verpflichtet. §. 162.

Wenn ein zur linken Hand neu anbauender Nachbar seinen Hof oder Garten schließen will, so muß er den daselbst bereits vorhandenen Zaun seines Nachbars zu unterhalten über nehmen. §. 165.

Der Quer- oder Rückzaun muß von beiden gegeneinander stehenden Nachbarn gemeinschaftlich angelegt und unterhalten werden. §. 167.

b) Hat bisher ein Gebäude die Haltung eines Zaunes unnöthig gemacht, so muß der, welcher das Gebäude wegnimmt, den dafür anzulegenden Zaun bauen und unterhalten, selbst wenn er sonst nach der Regel des §. 162. dazu nicht verpflichtet sein würde.

Das O. G. B. spricht zunächst den allgemeinen Grundsatz aus:

§. 858. In der Regel ist der ausschließende Besitzer nicht schuldig, seine verfallene Mauer oder Planke neu aufzuführen.

Von diesem Grundsatz enthält es jedoch zwei Ausnahmen, indem es fortfährt:

nur dann muß er sie in gutem Stande erhalten, wenn durch die Oeffnung für den Grenznachbar Schaden zu befürchten stünde;

und:

Es ist aber jeder Eigenthümer verbunden, auf der rechten Seite seines Haupteinganges für die nöthige Einschließung seines Raumes und für die Abtheilung von dem fremden Raume zu sorgen.

Vorausgesetzt ist dabei:

daß Räume, welche umschlossen zu sein pflegen, an einander grenzen. Nur bezüglich dieser kann von einem Haupteingange die Rede sein.

Der Code Napoléon enthält die allgemeine Bestimmung:

Art. 663. Chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis èsdites villes et faubourgs.

Dabei wird verwiesen bezüglich der hauteur auf:

les réglements particuliers ou les usages constants et reconnus.

B. Regulirung des Rechts, innerhalb der Grenzen des Grundstücks nach Willkür zu handeln.

Es sind zu unterscheiden:

1) Allgemein belästigende Handlungen;
2) einem andern Grundeigenthümer schädliche Verfügungen über den eigenen Grund und Boden.

I. Gemein belästigende Handlungen und Anlagen.

Im Allgemeinen ist jeder Grundeigenthümer berechtigt, innerhalb der Grenzen seines Grundeigenthums nach Willkür zu verfahren.

Allein es können dadurch erhebliche Belästigungen für andere Grundeigenthümer und Personen entstehen.

Wieweit derartige Belästigungen von dem einzelnen zu ertragen sind oder nicht, dafür läßt sich eine Norm gesetzlich nicht feststellen.

Es bleibt daher sachgemäß nichts anderes übrig, als hierüber nach der Eigenthümlichkeit des Falles polizeilich entscheiden zu lassen.

Es gilt dies ebensowohl, wenn es sich um Anlagen in einem Grundstück handelt, welche eine belästigende materielle Wirkung haben, z. B. ein belästigender Rauch, Geruch u. dgl., als wenn es sich um Vornahme von Handlungen innerhalb eines bestimmten Raumes handelt, woraus keine materielle Wirkung hervorgeht, z. B. durch Erregung eines belästigenden Geräusches.

§. 16.

In wieweit Jemand innerhalb eines bestimmten Raumes gemein gefährliche oder gemein belästigende Anlagen oder Handlungen vorzunehmen berechtigt ist, darüber entscheidet die Polizeibehörde.

Soweit es sich um eine materielle Immission handelte, war im Römischen Recht Civilklage zulässig:

fumi autem sicut aquae esse immissionem — nihil in alienum immittat. l. 8. §. 5. D. 8. 5.

Das A. L. R. verweist auf die

in den Gesetzen des Staats vorgeschriebenen Schranken des Gebrauchs des Eigenthums. §. 26. 1. 8.

resp.

Einschränkungen des Eigenthums, welche die Gesetze zum Besten des gemeinen Wesens vorschreiben; §. 190. 1. 8.

das O. G. B. auf die

in den Gesetzen zur Erhaltung und Beförderung des allgemeinen Wohls vorgeschriebenen Einschränkungen. §. 364.

Der Code Napoléon auf die

modifications établies par les lois. Art. 537.

Jene Gesetze gehen namentlich dahin, daß zur Errichtung gewerblicher Anlagen, welche durch die örtliche Lage oder die Beschaffenheit der Betriebsstätte für den Besitzer oder Bewohner der benachbarten Grundstücke oder für das Publikum überhaupt erhebliche Nachtheile, Gefahren oder Belästigungen herbeiführen können, eine besondere polizeiliche Genehmigung erforderlich ist. §. 26. Allg. Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845.

Soweit diese gewerblichen Anlagen nicht schon durch das Gesetz ausdrücklich bezeichnet sind, steht die Beurtheilung, ob eine Anlage unter jenen Gesichtspunkt fällt, der Polizeibehörde zu.

2. Einem andern Grundeigenthümer schädliche Verfügungen über den eigenen Grund und Boden.

Nach strengem Recht hat einerseits jeder Grundeigenthümer das Recht, innerhalb der Grenzen seines Grundeigenthums über seinen Grund und Boden nach Willkür zu verfügen; andererseits aber hat kein Grundeigenthümer das Recht, irgendwie auf fremden Grund und Boden einzuwirken.

In Folge der natürlichen Continuität des Grund und Bodens hat aber häufig die im eigenen Grund und Boden vorgenommene Handlung eine Wirkung auch in benachbartem Grund und Boden. Die sich hiermit nothwendig ergebenden Collisionen werden dadurch beseitigt, daß bezüglich bestimmter Anlagen oder Veränderungen

des Grund und Bodens gesetzlich festgestellt wird, wie weit von der Grenze sie sich halten müssen.

Es werden dabei namentlich bereits bestehende Gebäude und Anlagen berücksichtigt.

Soweit die gesetzlichen Vorschriften innegehalten werden, sind die bezüglichen Handlungen erlaubt und ein etwa entstehender Schaden ist nicht zu vertreten.

Soweit die gesetzlichen Anordnungen nicht inne gehalten werden, ist die Handlung unerlaubt, und der daraus hervorgehende Schaden muß vertreten werden.

§. 17.

Gewisse, dem Nachbar lästige Veränderungen des Grund und Bodens, namentlich gewisse dem Nachbar lästige Anlagen dürfen nur in bestimmter Entfernung von der Grenze oder von bereits bestehenden Anlagen und in bestimmter Weise vorgenommen werden.

Hierher gehört die Bestimmung l. 13. D. 10. 1.; l. 9. 11. 12. C. 8. 10. und:

si talis sit usus tepidarii, ut assiduum humorem habeat, et id noceat vicino, posse prohiberi eum. l. 19. pr. D. 8. 2.

Im A. L. R. die Bestimmungen 1. 8.:

von Erhöhungen und Erniedrigungen des Grund und Bodens. §. 185—187.

von Anlegung einer neuen lebendigen Hecke. §. 173. 174.

von Bäumen an den Häusern. §. 124.

von Schweinställen, Kloaken u. s. w. §. 125—127.

von Rinnen und Kanälen. §. 128.

von Brunnen. §. 129—131.

von Back-, Brenn- oder Schmelzöfen an gemeinschaftlichen Mauern. §. 133.

von Errichtung neuer Gebäude. §. 139. 140.

und neuer Oeffnungen. §. 138. 148.

Das O. G. B. erwähnt nur der Schornsteine, Feuerheerde oder anderer Anlagen an einer gemeinschaftlichen Mauer. §. 855.

Der Code Napoléon enthält eine bezügliche Bestimmung im Art. 674. unter dem Gesichtspunkte:

de la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions,

und verweist auf réglements et usages particuliers.

3. Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

Bei Ausübung der Rechte des Grundeigenthümers erweist sich das moralische Prinzip als wirksam.

Wer eine an sich erlaubte Handlung innerhalb der gesetzlichen Schranken vornimmt, haftet nach strengem Recht nicht für den daraus einem Andern entstehenden Schaden.

In Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips wird aber die an sich erlaubte Handlung gleich einer rechtswidrigen Handlung behandelt, wenn der Handelnde die Handlung nicht in eigenem Interesse vornimmt, sondern nur in der Absicht, einem Andern zu schaden. Koch I. 265. verkennt die Sache ganz und gar, wenn er in einem solchen Falle nur dolus erfordert und sogar dem dolus die culpa lata gleichstellt. Nur bei der an sich rechtswidrigen Handlung steht culpa lata dem dolus gleich.

Von einer solchen an sich erlaubten, aber wegen der Absicht zu schaden als rechtswidrig behandelten Handlung, kann nur beim Grundeigenthum, nicht beim Sacheigenthum die Rede sein.

Bezüglich des Sacheigenthums ist jede beschädigende Handlung eine widerrechtliche.

Nur bezüglich des Grundeigenthums kann ein Handeln innerhalb der gesetzlichen Schranken vorkommen.

§. 18.

Soweit der Grundeigenthümer unter Innehaltung der gesetzlich bestimmten Schranken über sein Grundeigenthum verfügt, hat er den Schaden, der einem andern Gtundeigenthümer daraus entsteht, nicht zu vertreten, ausgenommen, wenn er die Verfügung nur in der Absicht, dem andern Grundeigenthümer zu schaden, vornimmt.

Das Römische Recht sagt:

> Nemo damnum facit, nisi, qui id facit, quod facere jus non habet. l. 151. D. 50. 17.
>
> Nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur. l. 55. D. 50. 17.

und speziell in Bezug auf Grundeigenthum:

> Deinde Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi: nec de dolo actionem. l. 1. §. 12. D. 39. 3.
>
> Idem Labeo ait, si vicinus flumen torrentem averterit ne aqua ejus ad eum perveniat, et hoc modo sit effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae

arcendae non posse: aquam enim arcere, hoc esse curare ne influat, quae sententia verior est. l. 2. §. 9. D. 39. 3.

Aber es gestattet auch nicht, daß Jemand sein Recht nur ausübe, um einem Andern zu schaden:

nihil laturus, nisi ut officias. l. 38. D. 6. 1.

und sagt daher bezüglich der eben erwähnten Fälle:

et sane non debet, si non animo vicini nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit. l. 1. §. 12. D. 39. 3.

si modo non hoc animo fecit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat. l. 2. §. 9. D. 39. 3.

Das A. L. R. sagt: Einl.:

§. 94. Wer aber sein Recht nach den Gesetzen ausübt, ist zum Ersatz eines bei dieser Gelegenheit entstandenen Schadens nicht verbunden.

und im 6. Titel des ersten Theils:

§. 36. Wer sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient, darf den Schaden, welcher einem Andern daraus entstanden ist, nicht ersetzen.

Da gerade bezüglich des Grundeigenthums eine bestimmte Begrenzung des Eigenthums statt hat, resp. bestimmte Schranken bezüglich bestimmter Handlungen festgestellt sind, so finden gedachte §§. namentlich Anwendung bezüglich des Grundeigenthums.

Es findet jedoch dabei die Bestimmung Anwendung, I. 8.:

§. 27. Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer mißbrauchen.

§. 28. Mißbrauch heißt ein solcher Gebrauch, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann.

Das O. G. B. enthält nur den Satz:

§. 1305. Wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, hat den für einen Andern daraus entspringenden Schaden nicht zu verantworten.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

Zweite Abtheilung.

Sacheigenthum.

§. 19.

Sacheigenthum ist Eigenthum an einer nach allen Seiten abgesonderten Sache.

Eine nach allen Seiten abgesonderte Sache ist beweglich, d. h. sie bleibt dieselbe, auch wenn sie ihren Ort verändert. Ihre Form

und ihre materielle Beschaffenheit macht sie zu dem, was sie ist. In beiderlei Rücksicht ist sie Veränderungen zugänglich, sie ist also veränderlich.

Hierin liegt der Unterschied des Sacheigenthums vom Grundeigenthum.

Das Sacheigenthum des Grundeigenthümers unterscheidet sich vom Sacheigenthum dadurch, daß in ersterer Beziehung die Sachen vom Grund und Boden unabgesondert sind, obwohl sie der Absonderung fähig sind, während in letzterer Beziehung eine wirkliche Absonderung statt hat.

Das Römische Recht bezeichnet als Gegenstände des Sacheigenthums:

res mobiles. l. 1. §. 1. D. 6. 1.

res, quae moveri possunt. l. 21. D. 33. 7.

und unterscheidet:

animalia (moventia) und hae, quae anima carent. l. 1. §. 1. D. 6. 1.; l. 66. 93. D. 50. 16.

Zu letzteren gehören die ruta, caesa, d. h. eigentlich die vom Grund und Boden abgesonderten Bestandtheile desselben:

ruta, quae eruta sunt, ut arena, creta et similia, caesa ut arbores caesae, et carbones et his similia. l. 17. §. 6. D. 19. 1.

dann überhaupt alle Sachen, die nicht mit dem Grund und Boden verbunden sind:

in rutis caesis ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non tenentur. l. 241. D. 50. 16.

ruta caesa ea sunt, quae neque aedium neque fundi sunt. l. 66. §. 2. D. 18. 1.

Das A. L. R. bezeichnet als Gegenstände des Sacheigenthums: die beweglichen Sachen,

d. h.

selbstständige, besondere, für sich bestehende Sachen, die ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur andern gebracht werden können. §. 3. 6. 31. 1. 2.

Es hebt auch die Moventien hervor, beschränkt jedoch den Begriff auf:

nutzbare lebendige Geschöpfe. §. 17. 1. 2.

Das O. G. B. sagt:

Sachen, welche ohne Verletzung ihrer Substanz von einer Stelle zur andern versetzt werden können, sind beweglich. §. 293.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 528. Sont meubles par leur nature les corps, qui peuvent se transporter d'un lieu a un autre, soit, qu'ils se meuvent par eux mêmes, comme les animaux; soit, qu'ils ne puissent changer de place, que par

l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées.

Es hebt dann einzelne Arten der beweglichen Sachen hervor:

Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevées, ils sont meubles. Si une partie seulement de la recolte est coupée cette partie seule est meuble. Art. 520.

Art. 531. Les bateaux, bacs, navires, moulins et bains sur bataux, et généralement toutes usines, non fixées par des piliers, et ne faisant point partie de la maison, sont meubles.

Was die Absonderung anbelangt, so sind die Thiere unmittelbar abgesonderte Sachen, also insofern unmittelbar möglicher Gegenstand des Eigenthums, alle übrigen Sachen können Gegenstand des Sacheigenthums insofern werden, als sie eine Absonderung zulassen, und es ist dabei bemerklich zu machen, daß in sich feste Sachen einfach durch Lostrennung, flüssige Sachen durch feste Umschließung wenigstens nach unten und den Seiten, flüchtige Sachen aber nur durch feste Umschließung nach allen Seiten abgesondert werden können. Nur was eine Absonderung in einer dieser Weisen nicht zuläßt, kann kein Gegenstand des Sacheigenthums sein, z. B. Sonnenlicht und Wärme.

Nur der Begrenzung fähige Theile der Erdoberfläche, und der Absonderung fähige Substanzen können also überhaupt Gegenstand des Eigenthums sein, d. h. nur was einen Besitz zuläßt, läßt auch Eigenthum zu.

Daher schließt das Römische Recht von den Gegenständen des Eigenthums aus:

res, quae naturali jure communia sunt omnium, aer, aqua profluens, mare et per hoc littora maris. §. 1. J. 2. 1.

und sagt:

incertam partem rei possidere nemo potest. l. 3. §. 2. D. 41. 2.

fundus suos habet fines. l. 60. §. 2. D. 50. 16.

locus certus ex fundo possideri potest. l. 26. D. 41. 2.

Das A. L. R. 1. 2.:

§. 3. Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechts sein kann.

§. 31. Insofern eine Sache für sich selbst den Gegenstand eines Rechts ausmacht, wird sie als eine besondere oder für sich bestehende Sache beurtheilt.

und 1. 8.:

§. 2. Alles was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums.

§. 3. Sachen, von deren Benutzung ihrer Natur nach Niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigenthum einzelner Personen werden.

und I. 7..

§. 48. Ohne (nämlich ursprüngliche) Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden.

§. 46. Zur Besitznehmung gehört nothwendig, daß der Gegenstand derselben, er sei Sache oder Recht, genau bestimmt worden.

§. 47. Ist die Sache mit andern vermischt, so muß sie abgesondert oder kenntlich ausgezeichnet werden.

Das O. G. B. sagt:

§. 285. Alles was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.

§. 292. Körperliche Sachen sind diejenigen, welche in die Sinne (?) fallen (quae tangi possunt).

§. 355. Alle (namentlich körperliche §. 353) Sachen sind insgemein Gegenstände des Eigenthums.

§. 311. Alle körperlichen ... Sachen, welche ein Gegenstand des rechtlichen Verkehrs sind, können in Besitz genommen werden.

Es wird dann auch angegeben, wie körperliche bewegliche und unbewegliche Sachen in Besitz genommen werden. §. 312.

Zweites Kapitel.

Der ursprüngliche Eigenthumserwerb.

Der ursprüngliche Eigenthumserwerb fällt im Ganzen und Großen in die vorstaatliche Zeit. Er erfolgt nach dem Grundsatz:

Jede herrenlose Sache wird Eigenthum dessen, welcher sie mit der Absicht des Eigenthumserwerbes in Besitz nimmt.

Daher sagt das Römische Recht:

Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. §. 12. J. 2. 1.

und das A. L. R. I. 9.

§. 7. Die Besitznehmung solcher Sachen, auf welche noch Niemand ein Recht hat, wird die ursprüngliche (originaria) genannt.

§. 9. Wer eine herrenlose, dem Staat nicht vorbehaltene Sache wirklich in seine Gewalt bringt, wird von dem Augenblicke an, da solches geschieht, Eigenthümer der Sache.

Das O. G. B.:

§. 287. Sachen, welche allen Mitgliedern des Staats zur Zueignung überlassen sind, heißen freistehende Sachen.

§. 381. Bei freistehenden Sachen besteht der Titel in der angeborenen Freiheit, sie in Besitz zu nehmen. Die Erwerbungsart ist die Zueignung, wodurch man sich einer freistehenden Sache bemächtigt, in der Absicht, sie als die seinige zu behandeln.

§. 382. Freistehende Sachen können von allen Mitgliedern des Staats durch die Zueignung erworben werden, insofern diese Befugniß nicht durch politische Gesetze eingeschränkt ist oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht.

Im geordneten staatlichen Verbande kann jedoch diese ursprüngliche Besitznehmung nur in sehr untergeordneter Weise in Anwendung kommen.

I. Aller vorhandene Grund und Boden befindet sich entweder im Eigenthum von Privatpersonen, oder er ist Vorbehalt des Staates. Es kann daher eine ursprüngliche Erwerbung nur vorkommen bezüglich neu entstehenden Landes.

II. Auch alle vorhandenen Sachen sind in der Regel im Eigenthum einzelner Personen, namentlich ist das Sacheigenthum des Grundeigenthümers der ursprünglichen Besitzergreifung entzogen. Es kann also der ursprüngliche Eigenthumserwerb nur bezüglich für sich bestehender beweglicher Sachen vorkommen, aber auch nur sehr ausnahmsweise, nämlich:

1) bezüglich neu zum Vorschein kommender Sachen, also wenn Sachen
   a) aus der elementaren Continuität in ein Individuum umgewandelt werden, z. B. es umschließt Jemand Luft in einem Behältniß zu chemischen Zwecken, und im Falle der Bildung eines Meteorsteines,
   b) wenn das eigenthumslose Meer Sachen an das Land wirft:

      gemmae, lapilli, margaritae in littoribus inventae. l. 1. §. 1. D. 41. 2.

   c) Neu gezeugte Thiere dagegen sind Eigenthum des Eigenthümers der Mutter.

2) Was die bereits vorhandenen Sachen anbelangt, so gelten
   a) wilde Thiere, in ihrer natürlichen Wildniß lebend, als herrenlos. Es ist deshalb vornämlich der Fang der wilden Thiere noch ein Ueberrest des ursprünglichen Rechts des Menschen über die Sachen. Daher sagt das Römische Recht:

      dominium rerum ex naturali possessione coepisse . . . ejusque rei vestigium remanere de

his, quae terra, mari, coeloque capiuntur. l. 1. §. 1. D. 41. 1.

b) Im Eigenthum befindliche bewegliche Sachen können dadurch herrenlos werden, daß der Eigenthümer sein Eigenthum aufgiebt, ohne es einer andern Person zu übertragen. Es ist daher auch vom Erwerb derelinquirter Sachen zu handeln.

Erster Titel.

Der ursprüngliche Erwerb von Grundeigenthum.

I. An bestehendem Land.

§. 20.

Aller Grund und Boden, welcher nicht Eigenthum bestimmter Personen ist, gehört zum Staatseigenthum.

Inwieweit dieser Grundsatz schon im Römischen Recht in Anwendung kam, das kann hier nicht erörtert werden. Im Allgemeinen ist auf den tit. 58. lib. 11. C. de omni agro deserto zu verweisen.

Die neueren Gesetzbücher haben jenen Grundsatz aufgenommen.

Das A. L. R. sagt II. 16:

Unbewegliche Güter, auf welche noch Niemand ein Recht erlangt hat oder die von ihren vorigen Eigenthümern wieder verlassen worden sind, sind ein Vorbehalt des Staates. §. 3.

Das O. G. B. verweist auf die politischen Gesetze §. 382. 387.

Der Code Napoléon enthält den allgemeinen Satz:

art. 713. Les biens, qui n'ont pas des maitres appartiennent à l'état.

art. 539. Tous les biens sans maitres ... appartiennent au domaine public.

II. An neuentstehendem Land.

Neu entstehendes Land kann in Flüssen zum Vorschein kommen. Nicht unter den Begriff eines Flusses zu stellen ist ein gelegentlich vorübergehender Wasserabfluß, also weder eine vorübergehende Ueberschwemmung, noch ein nur vorübergehend fließendes Gewässer. Der Fluß muß vielmehr ein in einem bestimmten Flußbett beständig fließendes Gewässer sein; in der Ausdrucksweise des Römischen Rechts flumen publicum:

publicum flumen esse Cassius definit, quod perenne sit. l. 1. §. 3. D. 43. 12.

und nur solche Veränderungen kommen rechtlich in Betracht, welche als Umwandlung von Wasser in Land oder umgekehrt erscheinen.

Wenn also auf Privateigenthum gelegentlich ein Gewässer abfließt, so gilt dies nicht als eine Umwandlung von Land in Wasser, sondern der Grund und Boden gilt nach wie vor als Land:

nihil enim differt a caeteris locis privatis flumen privatum. l. 1. §. 4. D. 43. 12.

quod fit in privato flumine, perinde est, atque si in alio privato loco fiat. l. 1. §. 10. D. l. c.

Ebenso ist eine vorübergehende Ueberschwemmung ohne rechtliche Wirkung.

inundatio speciem fundi non mutat, et ob id cum recesserit aqua, palam est, ejusdem esse cujus et fuit. l. 7. §. 6. D. 41. 1.

und A. L. R. 1. 9.:

§. 272. Ueberströmungen, welche durch die Gewalt des Wassers veranlaßt worden und nur eine Zeit lang dauern, wirken keine Veränderung in dem Eigenthume der überströmten Grundstücke.

Endlich hat es keine Wirkung, wenn aus festem Lande eine Insel entsteht:

Quod si uno latere perruperit flumen, et alia (parte) novo rivo fluere coeperit, deinde infra novus iste rivus in veterem se converterit, ager, qui a duobus rivis comprehensus in formam insulae redactus est, ejus est scilicet, cujus et fuit. l. 7. §. 4. D. 41. 1.

cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit . . . causa proprietatis non mutatur. l. 30. §. 2. D. 41. 1.

A. L. R. 1. 9.:

§. 243. Erdflecke, die erweislich sonst ein Theil des festen Landes gewesen und davon nur durch Einbiegungen und Umströmungen des Flusses abgesondert worden sind, werden für Inseln im rechtlichen Sinne nicht geachtet.

O. G. B.:

§. 408. Werden blos durch die Austrocknung des Gewässers oder durch desselben Theilung in mehrere Arme, Inseln gebildet, oder Grundstücke überschwemmt, so bleiben die Rechte des vorigen Eigenthümers unverletzt.

Code Napoléon:

art. 562. Si une rivière ou un fleuve, en se formant un bras nouveau, coupe et embrasse le champ d'un propriétaire riverain et en fait une île, ce propriétaire conserve la propriété de son champ, encore que l'île se soit formée dans un fleuve ou dans une rivière navigable ou flottable.

Die hier in Betracht kommenden Umwandlungen, Umformungen

von Wasser in Land und umgekehrt sind vielmehr nur: alluvio, avulsio, insula nata und alveus derelictus.

Nur in diesen Fällen entsteht Land an einer Stelle, wo bisher Wasser war.

Man könnte bezüglich dieses neu entstehenden Landes Jedermann ein Recht zur Occupation geben. Es entspräche dies dem Princip des strengen Rechts und geschieht auch im Römischen Recht bezüglich solcher Flüsse, die von agris limitatis begrenzt werden. Daher heißt es:

in agris limitatis jus alluvionis locum non habere constat. l. 16. D. 41. 1.

illa enim insula occupantis est, si limitati agri fuerunt. l. 1. §. 6. D. 43. 12.

si limitatus est ager, occupantis alveus fiet. l. 1. §. 7. D. 43. 12.

Abgesehen von diesen Fällen ist jedoch das Recht der Occupation für Jedermann ausgeschlossen, und

nur die Uferbesitzer haben ein Recht auf das neu entstehende Land.

Nur in bestimmt modifizirter Weise, nämlich nur zu Gunsten der Uferbesitzer, erweist sich also das Recht des ursprünglichen Eigenthumserwerbes bezüglich neu entstehenden Landes als wirksam. Die Erwerbung selbst aber erfolgt in verschiedener Weise. Entweder nämlich wirkt das Recht des Uferbesitzers in der Art, daß er Eigenthum ohne eine Handlung seinerseits, also ipso jure, erwirbt (die Anschauungsweise des Römischen Rechts) oder so, daß der Uferbesitzer nur das Recht zum Eigenthumserwerb hat, der wirkliche Erwerb aber erst durch die wirkliche Besitznahme erfolgt (die germanische Anschauungsweise).

A. Anspülung.

§. 21.

Der Grundeigenthümer ist Eigenthümer der durch allmäliges Anspülen bewirkten Erweiterung des Grund und Bodens.

Das Röm. Recht sagt:

Praeterea, quod per alluvionem agro nostro flumen adjecit, jure gentium nobis acquiritur. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paullatim adjicitur, ut intelligere non possimus, quantum quoque momento temporis adjiciatur. l. 7. §. 1. D. 41. 1.

Das A. L. R. I. 9.:

§. 225. Verbreitungen des Ufers durch das allmälige Anspülen fremder Erdtheile kommen demjenigen zu Gute, dem das Ufer gehört.

§. 226. Auch neu anwachsende Erdzungen und Halbinseln, welche nach und nach entstanden sind, gehören demjenigen, an dessen Ufer sich dieselben angesetzt haben.

§. 327. In beiden Fällen bedarf es zur Erwerbung des Eigenthums weiter keiner Besitzergreifung.

Demnächst werden noch zwei Fälle besonders hervorgehoben.

§. 228. Auch wenn dergleichen Anspülungen oder Erdzungen sich der Breite nach in das Flußbette hinein und selbst bis über die Mitte desselben erstrecken, kann dennoch der Besitzer des gegenüberliegenden Ufers darauf keinen Anspruch machen.

und

§. 232. Das Eigenthumsrecht des Uferbesitzers über die an sein Ufer stoßenden Anspülungen, erstreckt sich nur so weit als seine Gränze der Länge nach geht.

§. 233. Wird also dergleichen Anwuchs mit der Zeit über seine Grenze hinaus verlängert, so ist das über die Grenze hinausgehende Stück des Anwuchses oder der Erdzunge das Eigenthum des benachbarten Uferbesitzers.

§. 234. Diese Vorschrift findet auch alsdann statt, wenn das über die Grenze des Nachbars hinausgehende Stück der Erdzunge oder Halbinsel mit dem Ufer des Nachbars noch nicht zusammenhängt.

Für diesen Fall gilt jedoch eine eigenthümliche Art des Erwerbes durch Verjährung. Es heißt:

§. 235. Hat jedoch in beiden Fällen der benachbarte Uferbesitzer geschehen lassen, daß der, an dessen Ufer der Anwuchs oder die Erdzunge sich zuerst angesetzt hatte, dieselbe auch über seine Grenze hinaus durch drei aufeinander folgende Jahre ruhig nutzen dürfen, so hat Letzterer das Eigenthum eines solchen Stückes erworben.

nämlich unter der Voraussetzung, daß der Andere noch keinen Besitz ergriffen hat. Ist dies geschehen, so kommen die allgemeinen Grundsätze der Verjährung zur Anwendung.

Das O. G. B. sagt:

§. 411. Das Erdreich, welches ein Gewässer unmerklich an ein Ufer anspühlt, gehört dem Eigenthümer des Ufers.

Der Code Napoléon verordnet:

art. 556. Les atterissements et accroissements, qui se forment successivement et imperceptiblement aux

fonds riverains d'un fleuve ou d'une rivière, s'appellent alluvion.

L'alluvion profite au propriétaire riverain, soit qu'il s'agisse d'un fleuve ou d'une rivière navigable, flottable ou non . . .

art. 557. Il en est de même des relais, que forme l'eau courante qui se retire insensiblement de l'une de ses rives en se portant sur l'autre. Le propriétaire de la rive decouverte profite de l'alluvion, sans que le riverain du côté opposé y puisse venir réclamer le terrain qu'il a perdu.

Ce droit n'a pas lieu à l'egard des relais de la mer.

Im Falle der alluvio liegt eigentlich kein Eigenthumserwerb vor, sondern nur eine Veränderung der Grenzen des Grundstückes, eine Erweiterung der Grenzen des Grundeigenthums, wie im umgekehrten Falle des allmäligen Abspülens eine Verengerung der Grenzen. Die Grenze bildet der Fluß. Aus dessen Natur folgt die Veränderlichkeit der Grenze.

Dabei gilt natürlich der Grundsatz I. 9. A. L. R.:

§. 274. Wegen einer bloßen Schmälerung oder Erweiterung des Flußbettes, welche durch die Natur selbst veranlaßt worden, kann keine Vergütung gefordert werden.

B. Abgerissenes Land.

Wenn ein Stück Land aus dem Zusammenhange mit dem Grund und Boden gerissen und über die Grenzen des Grundeigenthums gebracht wird, so hört es auf Bestandtheil des Grundeigenthums zu sein. Es wird, wie ein aus der Erde genommener Stein, eine für sich bestehende Sache, und kann als solche, d. h. als Sacheigenthum, von dem Grundeigenthümer, ohne dessen Einwilligung die Trennung erfolgte, in Anspruch genommen, vindizirt werden. Ein Beispiel hierfür ist:

si ex fundo tuo crusta tua lapsa sit in fundum meum.

In diesem Falle kann natürlich nicht Grundeigenthum (fundus) vindizirt werden, sondern eben nur Sacheigenthum (crusta),

crustam vindicari posse Alfenus ait.

Die Vindikation aber wird ausgeschlossen, wenn die crusta aufhört, als eine besondere Sache zu bestehen, nämlich in Folge der Incorporation in das fremde Grundstück:

ita demum crustam vindicari posse, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. l. 9. §. 2. D. 39. 2.

Von demselben Gesichtspunkte aus bleibt zunächst ein durch die Gewalt des Wassers losgerissenes und aus den Grenzen des Grundeigenthums fortgeführtes Stück Land, als Sacheigenthum, Eigenthum des bisherigen Eigenthümers.

quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. l. 7. §. 2. D. 41. 1.

Deshalb kann es der Eigenthümer wegnehmen. A. L. R. 1. 9.

§. 223. Wird durch die Gewalt des Strohmes ein Stück Land weggerückt und an ein fremdes Ufer gelegt, oder auf dasselbe geworfen, so ist der vorige Besitzer ein solches Stück noch innerhalb Jahresfrist wegzunehmen berechtigt.

Unbestimmter sagt das O. G. B.:

§. 412. Wird aber ein merklicher Erdtheil durch Gewalt des Flusses an ein fremdes Ufer gelegt, so verliert der vorige Besitzer sein Eigenthum darauf nur in dem Falle, wenn er es in einer Jahresfrist nicht ausübt.

und der Code Napoléon:

Art. 559. Si un fleuve ou une rivière, navigable ou non, enlève, par une force subite, une partie considérable et reconnaissable d'un champ riverain et la porte vers un champ inférieur ou sur la rive opposée, le propriétaire de la partie enlevée peut reclamer sa propriété; mais il est tenu de former sa demande dans l'année.

In allen diesen Bestimmungen wird dem Eigenthümer das Recht gegeben, sein Eigenthum als Sacheigenthum, also durch Wegnahme des Landes, geltend zu machen, und eigenthümlich ist nur die Bestimmung, daß das Recht der Vindikation mit dem Ablauf eines Jahres verloren geht. Keine dieser Stellen ist aber dahin zu verstehen, daß das Stück Land an dem neuen Ort bleiben und also der bisherige Grundeigenthümer sein Eigenthum als Grundeigenthum vindiziren kann.

Grundeigenthum entsteht vielmehr erst durch die Vereinigung des losgerissenen Stück Landes mit dem Grundeigenthum, an welches das Land angeworfen wird, und dann wird das Stück Land, als Grundeigenthum, Eigenthum des Uferbesitzers, mit dessen Grundeigenthum es vereinigt ist.

§. 22.

Der Eigenthümer eines Grundstücks, an welches durch die Gewalt des Strohmes ein Stück Land angeworfen wird, hat nach Verlauf eines Jahres das Recht, durch Besitzergreifung das Stück Land als Grundeigenthum zu erwerben.

Nach der Ansicht des Röm. Rechts erfolgte der Eigenthumserwerb durch die thatsächliche Vereinigung mit dem Grundstück:

Plane si longiore tempore fundo meo haeserit, arbo-

resque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse l. 7. §. 2. D. 41. 1. §. 21. J. 2. 1.

An Stelle dieser thatsächlichen Vereinigung setzt das A. L. R. einjährige Verbindung und demnächstige Besitzergreifung.

§. 224. Hat der vorige Besitzer ein Jahr, ohne sein Recht geltend zu machen, verstreichen lassen, so ist der Eigenthümer des dadurch verbreiteten Ufers das angelegte Stück durch die Besitzergreifung sich zuzueignen wohl befugt.

Welches Recht nach Ablauf der einjährigen Frist bis zur Besitzergreifung besteht, ist nicht gesagt. Nach §. 223. hat der bisherige Eigenthümer das Recht zur Wegnahme nur innerhalb Jahresfrist. Mit Ablauf der Frist hat er also sein Recht verloren; und man muß annehmen:

Bis zur Besitzergreifung hat der bezügliche Grundeigenthümer ein ausschließliches Recht zur Aneignung.

Das O. G. B. sagt nur:

Der vorige Besitzer verliert sein Recht nur in dem Falle, wenn er es in einer Jahresfrist nicht ausübt. §. 412.

Ob nun aber der bezügliche Grundeigenthümer ohne weiteres Eigenthümer wird oder erst durch Besitzergreifung, ist nicht gesagt. Es scheint, daß man ersteres vorausgesetzt hat.

Der Code Napoléon sagt von dem bisherigen Eigenthümer:

mais il est tenu de former sa demande dans l'année; après ce délai il ne sera plus recevable, à moins que le propriétaire du champ, auquel la partie enlevée a été unie, n'eût pas encore pris possession de celle-ci. Art. 559.

Also nach Verlauf des Jahres, so lange der bezügliche Grundeigenthümer noch nicht Besitz ergriffen hat, kann der bisherige Eigenthümer das Stück Land wegnehmen, aber er hat kein Recht zur Klage (demande).

C. Entstandene Insel.

§. 23.

Wenn in einem Flusse eine Insel entsteht, so hat jeder an den Fluß grenzende Grundeigenthümer das Recht, die seinem Grundeigenthum gegenüberliegende Insel bis zur Mitte des Flusses durch Besitzergreifung sich anzueignen.

Im Röm. Recht stellte man zwar die Ansicht auf:

Labeo libro eodem: si id quod in publico innatum aut inaedificatum est, publicum est, insula quoque, quae in flumine publico nata est, publica esse debet. l. 65. §. 4. D. 41. 1.

Man beseitigte jedoch diese Ansicht durch die Bemerkung, daß nur der Fluß als Fluß publicus sei — usus ejus publicus intelligitur . . . quia populus eo utitur. l. 30. §. 1. D. 41. 1. — daß aber, wenn Land an Stelle des Flusses tritt, das Land aufhörte, publicum zu sein:

desinit esse publicus. l. 1. §. 7. D. 43. 12.

Der Begriff einer insula nata wird dahin bestimmt:

cum locum, qui alvei esset, siccum relinquit et circumfluere coepit

oder:

cum paullatim colluendo locum eminentem supra alveum facit, et eum alluendo auxit- l. 30. §. 2. D. 41. 1.

also allgemein, wenn eine Insel entsteht, wo bisher Wasser war.

Der Erwerb der Insel erfolgt ohne Besitzergreifung, also ipso jure, nach folgenden Grundsätzen:

Si insula in publico flumine fuerit nata . . . aut ejus est, cujus ripam contingit, aut si in medio alveo nata est, eorum est, qui prope utras que ripas possident. l. 1. §. 6. D. 43. 12.

In flumine nata insula si quidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident,

und zwar:

pro modo latitudinis cujusque praedii, quae latitudo prope ripam sit;

quod si alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. l. 7. §. 3. D. 41. 1. §. 21. J. 2. 1.

Si qua insula in flumine publico proxima tuo fundo nata est, tua est. l. 65. §. 1. D. 41. 1.

Dabei gilt der Grundsatz:

Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata, non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis: quantum enim ante cujusque eorum ripam est, (tantum) veluti linea in directum per insulam transducta, quisque eorum in ea habebit certis regionibus. l. 29. D. 41. 1.

Ist die Insel in dieser Weise einmal Eigenthum geworden, so kommt die Vergrößerung derselben durch alluvio sowohl nach der Länge als der Breite des Flusses nur dem Eigenthümer der Insel zu statten, also sowohl in dem Falle:

insula est enata in flumine contra frontem agri mei, ita ut nihil excederet longitudo regionem praedii mei:

postea aucta est paullatim et processit contra frontes et superioris vicini et inferioris. l. 56. pr. D. 41. 1;

als in dem Falle:

si cum propior ripae meae enata est insula (cum propior fundo tuo initio fuisset insula) et postea totum flumen fluere inter me et insulam coepit. l. 56. §. 1. D. 41. 1.;

und wenn zwischen einer Insel und dem Ufer eine neue Insel entsteht:

si insula in flumine nata tua fuerit, deinde inter eam insulam et contrariam ripam alia insula nata fuerit,

so gilt der Grundsatz:

mensura eo nomine erit instituenda a tua insula non ab agro tuo, propter quam insula tua facta fuerit. l. 65. §. 3. D. 41. 1.

Das A. L. R. bestimmt den Begriff einer Insel, wohl nicht passend dahin: I. 9.

§. 242. So lange eine Erderhöhung in dem Flußbette eines Strohmes bei gewöhnlichem Wasserstande mit einem gemeinen Fischernachen umfahren werden kann, ist sie als eine Insel anzusehen.

Bezüglich des Erwerbes der Insel verordnet es:

Soweit nicht nach Provinzialgesetzen die Inseln in öffentlichen Flüssen ein Vorbehalt des Staates sind, und durchgehends in Privatflüssen, haben die Besitzer desjenigen Ufers, welchem sie am nächsten liegt, das Recht sich dieselben zuzueignen. §. 244. 245.

§. 247. Welchem von beiden gegen einander über liegenden Ufern eine Insel am nächsten sei, muß nach einer der Länge nach zu ziehenden Linie beurtheilt werden.

§. 250. Schneidet diese Mittellinie durch die Insel selbst, so kommt das Recht, sich die dadurch bestimmten jedem Ufer am nächsten liegenden Antheile zuzueignen, den beiderseitigen Uferbesitzern zu.

251. Liegt die Insel ihrer Länge nach den Ufern mehrerer an einander grenzenden Besitzer gegenüber, so hat ein jeder von diesen Besitzern das Recht, sich den seinem Ufer gegenüberliegenden Theil derselben zuzueignen.

Für alle Fälle gilt der Grundsatz:

§. 246. Das Eigenthum der Inseln aber wird erst durch die wirkliche Besitznehmung erworben.

Endlich enthält das A. L. R. noch bestimmte Grundsätze darüber, wenn Jemand, der nur ein Anrecht auf einen Theil der Insel hat, sich dieselbe ganz zueignen will.

Dies geschieht:

a) durch Vermittelung des Staates, §. 254—256.

b) durch Verjährung:

§. 257. Soweit Jemand auch ohne dergleichen ausdrückliche Bestimmung des Staats eine Insel drei Jahre hinter einander ruhig besessen und benutzt hat, hat er das Eigenthum der ganzen Insel, selbst gegen solche Nachbarn, deren Ufer einem Theil derselben näher liegen, durch Verjährung erworben.

Das O. G. B. verordnet;

§. 407. Inseln auf schiffbaren Flüssen bleiben dem Staat vorbehalten.

und bezüglich der Inseln in anderen Flüssen:

a) Wenn in der Mitte eines Gewässers eine Insel entsteht, so sind die Eigenthümer der nach der Länge an beiden Ufern liegenden Grundstücke ausschließlich befugt, die entstandene Insel in zwei gleichen Theilen sich zuzueignen und nach Maaß der Länge ihrer Grundstücke unter sich zu theilen. §. 407.

Die Insel wird also der Länge nach halbirt, und demnächst jede Hälfte dem Uferbesitzer, so weit als sein Grundstück gegenüberliegt, zugetheilt.

Der Erwerb selbst erfolgt erst durch Besitznahme. Welche Rechtsverhältnisse aber entstehen, wenn ein Theil von seinem Recht keinen Gebrauch macht, der nur theilweise Berechtigte aber die ganze Insel in Besitz nimmt, darüber schweigt das O. G. B.

b) Entsteht die Insel auf der einen Hälfte des Gewässers, so hat der Eigenthümer des näheren Uferlandes allein darauf Anspruch. §. 407,

Der Code Napoléon verordnet:

Les îles, îlots, attérissements, qui se forment dans le lit des fleuves ou des rivières navigables ou flottables appartiennent à l'Etat, s'il n'y a titre ou préscription contraire. Art. 560.

Im Uebrigen wird Eigenthum ohne Besitzergreifung erworben:

Les îles et attérissements, qui se forment dans les rivières non navigables et non flottables, appartiennent:

aux propriétaires riverains du côté où l'île s'est formée,

si l'île n'est pas formée d'un seul côté, elle appartient aux propriétaires riverains de deux côtés à partir de la ligne, qu'on suppose tracée au milieu de la rivière. Art. 561.

Das A. L. R. enthält noch speziell die Bestimmung, I. 9.:

§. 253. Bei Bestimmung der Rechte der Uferbesitzer auf eine ihren Ufern gegenüber liegende Insel wird darauf, ob das Ufer mit Dämmen oder Deichen, mit oder ohne Vorland, eingeschlossen sei, keine Rücksicht genommen.

D. Verlassenes Flußbett.

§. 24.

Wenn ein Fluß sein bisheriges Bett verläßt, so haben diejenigen Grundbesitzer, deren Eigenthum durch das neue Flußbett verloren geht, Anspruch auf Uebereignung des alten Flußbettes nach Verhältniß des erlittenen Verlustes.

Soweit sie diesen Anspruch nicht geltend machen, haben die das verlassene Flußbett begrenzenden Grundeigenthümer auf das Flußbett dieselben Rechte, wie auf eine im Flusse entstehende Insel.

Dem Römischen Recht ist ersterer Gesichtspunkt noch fremd. Es heißt:

si flumen alveum suum reliquit, prior quidem alveus eorum est, qui prope ripam praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque praedii. l. 7. §. 5. D. 41. 1.

Dieser Grundsatz gilt auch:

si post aliquod tempus ad priorem alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam praedia possident. l. c.

und zwar nach strengem Recht (stricta ratione) auch bezüglich des Grundeigenthümers:

cujus totum agrum novus alveus occupaverit. l. c.

nach dem Grundsatz:

quia ille ager, qui fuerat, desiit esse, amissa propria forma.

Allein in einem solchen Falle ging man von der Strenge des Rechts ab:

vix est, ut id obtineat. l. c.

Das A. L. R. sagt zwar I. 9.:

§. 270. Soweit die in einem Flusse entstehenden Inseln den benachbarten Uferbesitzern gehören, soweit gehört ihnen auch das vom Wasser verlassene Flußbett;

allein diese Bestimmung gilt nur eventuell, denn es heißt ferner:

§. 271. Doch müssen diejenigen Unterthanen des Staats, welche durch den neuen Kanal des Flusses an ihrem Eigenthum gelitten haben, vorzüglich aus dem verlassenen Flußbette oder dessen Werthe entschädigt werden.

und:

Wenn ein Flußbette oder anderer Graben oder Kanal durch Verkrippungen oder andere dergleichen Anstalten verengt oder

zugelandet werden soll, so haben die angrenzenden Uferbesitzer das nächste Recht, sich den solchergestalt gewonnenen Grund und Boden durch Besitznehmung zuzueignen. §. 263.

jedoch mit der Verpflichtung:

nach Verhältniß ihrer Antheile an dem gewonnenen Lande zu den Arbeiten und Kosten beizutragen. §. 264.

Wenn ein Fluß das neue Flußbett wieder verläßt, gilt der Grundsatz:

§. 273. Ist aber der ehemalige Eigenthümer des neuen Kanals bereits auf andere Art schadlos gehalten worden, so fällt das wiederverlassene neue Flußbett, soweit es nicht nach §. 271. zur ferneren Entschädigung gebraucht wird, demjenigen zu, welcher dem Ersten die Schadloshaltung geleistet hat.

Das O. G. B. bestimmt:

Wenn ein Gewässer sein Bett verläßt, so haben:

vor Allem die Grundbesitzer, welche durch den neuen Lauf des Gewässers Schaden leiden, das Recht, aus dem verlassenen Bette oder dessen Werthe entschädigt zu werden. §. 409.

Außer dem Falle einer solchen Entschädigung gehört das verlassene Bett, sowie von einer entstandenen Insel verordnet wird, den angrenzenden Uferbesitzern. §. 410.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 563. Si un fleuve ou une rivière navigable flottable ou non, se forme un nouveau cours en abandonnant son ancien lit, les propriétaires des fonds nouvellement occupés prennent à titre d'indemnité l'ancien lit abandonné, chacun dans la proportion du terrain qui lui a été enlevé.

Die Regulirung der neuen Besitzverhältnisse gehört sachgemäß zur Kompetenz der Obrigkeit.

Zweiter Titel.

Der ursprüngliche Erwerb von Sacheigenthum.

I. Erwerb der jungen Thiere.

§. 25.

Der Eigenthümer eines Thieres ist Eigenthümer der von demselben geborenen Jungen.

Das Römische Recht sagt:

Ea, quae ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt, eodem jure (jure naturali) tibi acquiruntur. §. 19. J. 2. 1.

Das A. L. R. I. 9.:

§. 221. Die Früchte einer Sache sind gleich bei ihrem Entstehen das Eigenthum desjenigen, welcher das Nutzungsrecht der Sache hat.

und insbesondere §. 324.:

Ist Jemandes Thier von dem Thiere eines Andern befruchtet worden, so verbleibt die daraus entstandene Frucht dem Eigenthümer der Mutter.

Das O. G. B.:

Alle Nutzungen, welche aus einem Thiere entstehen, wachsen dem Eigenthümer des Thieres zu. §. 405.

Der Code Napoléon:

Le croit des animaux appartient au propriétaire par droit d'accession. Art. 547.

II. Der Fang der wilden Thiere.

§. 26.

Jedermann hat das Recht, jedes wilde Thier, woran noch Niemand Eigenthum erlangt hat, durch Besitzergreifung zu seinem Eigenthum zu machen.

Bezüglich des Fanges der wilden Thiere sagt das Römische Recht:

Dominium rerum ex naturali possessione coepisse, Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere in his, quae terra, mari, coeloque capiuntur, nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint. l. 1. §. 1. D. 41. 2.

Dieser Grundsatz galt bezüglich aller wilden Thiere:

omnia igitur animalia, quae terra, mari, coelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres, pisces capientium fiunt. l. 1. §. 1. D. 41. 1.

und es ist gleichgültig:

utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. l. 2. §. 1. D. 41. 1.

Der Grundeigenthümer hat nur das Recht, den Eintritt in sein Grundeigenthum zu verhindern:

prohiberi, ne ingrederetur. l. c.

namentlich:

in lacu, qui mei dominii est, utique piscari aliquem prohibere possum. l. 13. §. 7. D. 47. 10.

Nach der Auffassungsweise des germanischen Rechts ist das Recht zur Besitzergreifung der wilden Thiere ein im Grundeigenthum liegendes Recht. Es gründet sich darauf die Lehre von der Jagdgerechtigkeit. Nur die der Jagdgerechtigkeit nicht unterliegenden

Thiere sind nach germanischer Auffassung Gegenstand des freien Thierfanges.

Es sagt daher das A. L. R. 1. 9.:

§. 114. Insekten und andere Thiere, welche nach §. 107—111. ein Gegenstand des Thierfanges und weder zur Jagd- noch zur Fischereigerechtigkeit geschlagen sind, können von einem Jeden eingefangen werden.

§. 117. Vogeleier und junge Vögel sind, soweit es die Polizeigesetze nicht ausdrücklich verbieten, ein Gegenstand des freien Thierfanges.

§. 107. Das Recht des Thierfanges erstreckt sich nur auf solche Thiere, welche noch von keinem Menschen gefangen und gebändigt worden.

Es ist auch dem Grundeigenthum noch die nachstehende Wirkung beigelegt:

§. 115. Wer in der Absicht, dergleichen Thiere zu fangen, fremden Grund und Boden ohne Vorwissen oder wider den Willen des Eigenthümers betreten hat, muß das Gefangene dem Eigenthümer auf dessen Verlangen unentgeltlich herausgeben.

Das O. G. B. bezeichnet als eine Art der ursprünglichen Eigenthumserwerbung:

den Thierfang. §. 383.

§. 27.

Zahmgemachte wilde Thiere, welche in ihre natürliche Wildniß zurückgekehrt sind und die Gewohnheit, an die ihnen bestimmten Orte zurückzukehren, abgelegt haben, gelten als herrenlos.

Daher sagt das Römische Recht:

In his autem animalibus (scil. quorum natura fera) quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra intelligantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiant occupantium. Intelligitur autem desiisse revertendi animum habere tunc; cum revertendi consuetudinem deseruerint. l. 5. §. 5. D. 41. 1.

und das A. L. R. 1. 9.:

§. 108. Doch sind auch eingefangene und zahmgemachte Thiere, wenn sie in ihre natürliche Wildheit zurückgekehrt waren, ein Gegenstand des Thierfanges.

§. 109. Thiere, welche frei herumschwärmen, aber in den

ihnen bestimmten Ort zurückzukehren pflegen, gehören nicht zum Thierfang.

Das O. G. B. verordnet:

Zahmgemachte Thiere sind kein Gegenstand des freien Thierfanges.

und bestimmt dann:

Im Falle, daß ein zahmgemachtes Thier durch zweiundvierzig Tage von selbst ausgeblieben ist, kann es auf gemeinem Grunde Jedermann, auf dem seinigen der Grundeigenthümer für sich behalten. §. 384.

§. 28.

Die Besitzergreifung besteht darin, daß man das Thier todt oder lebendig wirklich in seine Gewalt bringt.

Daher sagt das Römische Recht:

Illud quaesitum est, an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. Trebatius placuit statim nostram esse, et eousque nostram videri, donec eam persequamur; quod si desierimus, eam persequi, desinere nostram esse et rursus fieri occupantis... plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus, quod verius est. l. 5. §. 1. D. 41. 1.

si in meam potestatem pervenit, meus factus sit. l. 55. D. l. c.

Das A. L. R. erfordert im Allgemeinen zur Besitzergreifung herrenloser Sachen, daß man sie

wirklich in seine Gewalt bringt. §. 9. 1. 9.:

und sagt speziell:

§. 128. Die Besitznehmung durch die Jagd ist erst alsdann für vollendet zu achten, wenn das Thier todt oder lebendig in die Gewalt des Jagenden gekommen ist.

§. 129. Ein Thier, welches bloß angeschossen worden oder aus dem Netz entkommen ist, befindet sich noch in seiner natürlichen Freiheit.

Das O. G. B. erwähnt als Weise der Besitzergreifung „die physische Ergreifung", §. 312., und speziell bei Zueignung herrenloser Sachen „die Bemächtigung", §. 381., und den Thierfang, §. 383.

III. Erwerb verlassener Sachen.

§. 29.

Wenn der Eigenthümer einer beweglichen Sache in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, das Eigenthum der Sache aufzugeben, sich des Besitzes einer Sache entschlägt, so hat Jedermann das Recht, durch Besitzergreifung Eigenthum der Sache zu erwerben.

Das Römische Recht sagt:

pro derelicto habetur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id (in numero) rerum suarum esse nolit. §. 47. J. 2. 1.

und

si res pro derelicta habita sit, statim nostra esse desinit. l. 1. D. 41. 7. §. 7. J. 2. 1.

Proculus meinte:

non desinere eam rem domini esse, nisi ab alio possessa fuerit.

Julianus dagegen:

desinere quidem omittentis esse, non fieri autem alterius, nisi possessa fuerit.

Paulus fügt hinzu:

et recte. l. 2. §. 1. D. 41. 7.

Eine so verlassene Sache war herrenlos, es galt daher der Grundsatz:

possumus acquirere. l. 2. pr. D. 41. 7.
occupantis (statim) fit. l. 1. D. 41. 7.
si rem pro derelicto habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. §. 47. J. 2. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 9.:

§. 15. Das Recht, unbewegliche verlassene Sachen in Besitz zu nehmen, ist ein Vorbehalt des Staats.

und demnächst:

§. 16. Nur alsdann ist eine Sache für verlassen zu achten, wenn der bisherige Eigenthümer den Besitz in der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Absicht, sich der Sache zu entschlagen, aufgegeben hat.

§. 14. Soweit Jemand Eigenthum zu erwerben fähig ist, soweit kann er bewegliche Sachen, welche von einem Andern verlassen worden, in Besitz nehmen.

Das O. G. B. bestimmt:

§. 386. Bewegliche Sachen, welche der Eigenthümer nicht mehr als die seinigen behalten will und daher verläßt, kann sich jedes Mitglied des Staats eigen machen.

IV. Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

§. 30.

Wer in der Absicht, eine herrenlose Sache in Besitz zu nehmen, einen Andern durch rechtswidrige Handlungen verhindert, ihm in der Besitzergreifung zuvorzukommen, erwirbt die in Besitz genommene Sache für den Andern.

In dieser Weise erweist sich das moralische Prinzip bei dem Eigenthumserwerb als wirksam. Nur das A. L. R. enthält eine allgemeine Bestimmung. Es verordnet 1. 9.:

§. 12. Wer einen Andern in seinen zur Besitzergreifung gemachten Anstalten durch unerlaubte Handlungen stört, der kann selbst die Sache nicht in Besitz nehmen.

§. 13. Ein Gleiches gilt gegen den, welcher den Andern, um ihn an der Besitzergreifung zu hindern, in seiner Freiheit zu handeln ohne Recht einschränkt.

Welches Recht aber durch eine solche widerrechtliche Besitznahme zur Entstehung kommt, ist nicht gesagt.

Es dürfte angemessen sein, den Grundsatz aufzustellen, daß der Erwerb zu Gunsten des widerrechtlich Verhinderten erfolgt.

Der Code Napoléon enthält eine beschränktere Bestimmung:

Art. 564. Les pigeons, lapins, poissons, qui passent dans un autre colombier, garenne ou étang appartiennent au propriétaire de ces objets, pourvu qu'ils n'y aient été point attirés par fraude et artifice.

Zweiter Abschnitt.

Der Vertrag.

Die einzelnen Personen stehen unmittelbar in keiner bestimmten rechtlichen Beziehung zu einander. Damit zwischen bestimmten Personen eine bestimmte rechtliche Beziehung, ein Rechtsverhältniß, entstehe, muß irgend etwas vorgegangen sein, was als Rechtsgrund ein Rechtsverhältniß erzeugt. Als solche Rechtsgründe kommen zunächst in Betracht die Rechtsgründe des strengen Rechts, nämlich:

1) der übereinstimmende Willen der Personen, welche ein Rechtsverhältniß begründen wollen, der Vertrag, und

2) die das Recht einer Person verletzende Handlung.
Demnächst ergeben sich noch andere Rechtsgründe.

Daher sagt das Römische Recht:

Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. l. 1. pr. D. 44. 7.

Das A. L. R. erwähnt als Rechtsgründe:

1) Willens-Erklärungen, d. h. Vertrag und letztwillige Anordnung;
2) unerlaubte Handlungen;
3) das Gesetz.

Vergl. §§. 31. 35. 1. 3. und §. 13. 1. 16.

Das O. G. B. sagt;

§. 859. Die persönlichen Sachenrechte, vermöge welcher eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist, gründen sich entweder unmittelbar auf ein Gesetz, oder auf einen Vertrag, oder auf eine erlittene Beschädigung.

Der Code Napoléon erwähnt unter dem Gesichtspunkt der obligations: les contrats, d. h. obligations conventionelles, und im Gegensatz dazu: engagements qui se forment sans convention, worunter fallen délits und quasi contrats und quasi délits.

Wenn das Gesetz als Rechtsgrund eines Rechtsverhältnisses angegeben wird, so ist dies eine ungenaue Ausdrucksweise. Nicht auf Grund des Gesetzes entstehen Rechtsverhältnisse, sondern auf Grund der vom Gesetz vorausgesetzten thatsächlichen Umstände. Man meint mit jenem Ausdruck die nicht unter den Gesichtspunkt des Vertrages oder der Rechtsverletzung resp. der letztwilligen Anordnung fallenden thatsächlichen Umstände, aus denen Rechtsverhältnisse entstehen.

Das Gebiet der Verträge, soweit sie sich auf das reine Vermögensrecht beschränken, ist dasjenige Gebiet, auf welchem sich die Willkür zu ergehen hat.

Bei dem großen Umfange dieses Gebietes sind nachstehend nur die allgemeinen leitenden Gesichtspunkte hervorzuheben.

Die Erörterung der einzelnen Verträge ist nicht Gegenstand der nachfolgenden Abhandlung.

Bei der Lehre von den Verträgen ist zu unterscheiden:

1) das Rechtsverhältniß der Kontrahenten zu einander;
2) das Rechtsverhältniß der Kontrahenten zu dritten Personen.

Erstes Kapitel.

Das Rechtsverhältniß der Kontrahenten zu einander.

Es ist zu erörtern:

1) der Begriff des Vertrages und die Unterscheidung der Verträge;
2) der Abschluß, die Wirkung und Aufhebung des Vertrages.

Erster Titel.

Der Begriff des Vertrages und die Unterscheidung der Verträge.

Erste Abtheilung.

Der Begriff des Vertrages.

§. 31.

Der Vertrag ist die Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen bestimmten Personen durch deren Willenseinigung.

Es gehört also zum Begriff des Vertrages:

1) Feststellung eines bestimmten Rechtsverhältnisses. Nicht jede Einigung ist ein Vertrag, sondern nur eine solche, welche zu dem Zwecke erfolgt, um ein Rechtsverhältniß zu erzeugen.

Daher sagt das Römische Recht:

obligationes ex contractu nascuntur. l 1. pr. D. 44. 7.
obligationes ex contractu sunt. §. 2. J. 3. 14.

Das A. L. R. bezeichnet als Gegenstand des Vertrages:

die Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts. §. 1. I. 5.

Das O. G. B. giebt die Wirkung des Vertrages dahin an, daß

eine Person einer andern zu einer Leistung verbunden ist. §. 859.;

der Code Napoléon dahin, daß

une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs personnes. Art. 1101.

2) Das Rechtsverhältniß zwischen den bestimmten Personen muß durch deren Willenseinigung festgestellt werden.

Dieser Gesichtspunkt scheidet den Vertrag von dem Legat und Fideikommiß. Auch bezüglich letzterer kann von einer Willenseinigung gesprochen werden, insofern ein Rechtsverhältniß erst entsteht, wenn der Bedachte das ihm zugedachte annimmt, aber die Annahme erfolgt erst nach dem Tode des Erblassers, mit ihm tritt daher der Bedachte in kein Rechtsverhältniß, und mit dem Erben kontrahirt der Legatar, Fiduciar nicht, weil nicht der Erbe, sondern der Erblasser die Offerte machte.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht:

heres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur (neque enim cum herede neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest. §. 5. J. 3. 28.

und das A. L. R. unterscheidet die Schenkungen von Todeswegen darnach als Vertrag: sobald ein wirklicher rechtsgültiger Schen-

kungsvertrag vorhanden ist, und als letztwillige Verordnung: wenn der Schenkende sich den Widerruf bis zu seinem Tode ausdrücklich vorbehalten hat, also der Beschenkte erst mit dem Tode des Schenkenden ein Recht auf das Geschenk erwirbt. §. 1134. 1135. I. 11.

3) Unter den aufgestellten Begriff des Vertrages fallen übrigens ebensowohl die sogenannten verpflichtenden, als die sogenannten befreienden Verträge, wie auch der Vergleich.

Mit Rücksicht auf diese verschiedenen Arten der Verträge konnte nicht gesagt werden, der Vertrag ist die Begründung eines Rechtsverhältnisses ꝛc., sondern es mußte gesagt werden: die Feststellung eines Rechtsverhältnisses.

Zweite Abtheilung.

Die Unterscheidung der Verträge.

Das Wesen eines jeden Rechtsverhältnisses besteht darin, daß zwischen den in dem Rechtsverhältniß stehenden Personen bestimmte rechtliche Verpflichtungen bestehen:

obligationum substantia in eo consistit, ut aliquem nobis obstringat etc. l. 3. pr. D. 44. 7.

Das Wesen einer jeden rechtlichen Verpflichtung aber besteht darin, daß eine Person rechtlich verpflichtet ist, dasjenige zu gewähren, was eine andere Person zu fordern berechtigt ist.

Berechtigung und Verpflichtung müssen sich also in dem Sinne gegenüberstehen, daß, wozu die eine Person berechtigt ist, dazu die andere Person verpflichtet ist, und umgekehrt; Berechtigung und Verpflichtung müssen sich aber auch in dem Sinne entsprechen, daß der Inhalt beider, das zu Gewährende, identisch ist.

Nach dem rechtlichen Inhalt der Verpflichtung, und nach der Vertheilung der beiden Momente, Berechtigung und Verpflichtung, an die den Vertrag schließenden Personen unterscheiden sich die Verträge von einander.

Der rechtliche Inhalt der Verpflichtung fällt entweder unter einen bestimmten einfachen rechtlichen Gesichtspunkt, oder unter mehrere rechtliche Gesichtspunkte. Dadurch unterscheiden sich die Verträge mit einfachen Verpflichtungen von den Verträgen mit mehreren Verpflichtungen.

Die beiden Momente, Berechtigung und Verpflichtung, können entweder nur zwischen zwei sich gegenüberstehende Personen vertheilt sein, oder es können bezüglich einer Berechtigung oder Verpflichtung mehrere Personen betheiligt sein.

Es sind daher zu unterscheiden:

1) Verträge zwischen zwei Personen:
   a) mit einfachen Verpflichtungen,
   b) mit mehreren Verpflichtungen,

2) Verträge, wobei mehrere Personen als berechtigt oder verpflichtet betheiligt sind.

Erste Unter-Abtheilung.

Verträge zwischen zwei Personen mit einfachen Verpflichtungen.

I. Allgemeine leitende Gesichtspunkte.

A. Inhalt der Verpflichtung.

Eine jede Person hat unmittelbar das Recht, nach eigener Willkür über die eigene Person und über ihr Eigenthum zu verfügen. Dies Recht der Person wird durch eine jede Verpflichtung, also auch durch die aus einem Vertrage entspringende Verpflichtung, beschränkt. Denn die Person wird verpflichtet, nicht nach eigener Willkür, sondern nach der Bestimmung des Vertrages zu verfahren. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man jede Verpflichtung als eine Beschränkung des unmittelbaren Rechts der Person, als eine Beschränkung der Rechtsphäre der Person, und umgekehrt jede Berechtigung als Erweiterung des unmittelbaren Rechts der Person, der Rechtssphäre der Person, ansehen.

Wesentlicher als dieser rein formale Gesichtspunkt ist die Unterscheidung der Verpflichtungen nach ihrem rechtlichen Inhalt.

Der wesentlichste Unterschied in dieser Beziehung gründet sich auf die Verschiedenartigkeit der der einzelnen Person zustehenden Rechte.

Das der einzelnen Person unmittelbar zustehende Recht ist das Recht der Person, über den eigenen Geist und Leib nach Willkür zu verfügen, d. h. das Recht, nach Willkür zu handeln oder nicht zu handeln. Dies Recht ist in dem Sinne von der eigenen Person untrennbar, daß die Ausübung dieses Rechts eben nur von der eigenen Person ausgehen kann. Eine Beschränkung dieses Rechts, eine Verpflichtung bezüglich dieses Rechts, ist also nur in dem Sinne möglich, daß die einzelne Person verpflichtet wird, dies Recht nicht nach eigener Willkür, sondern nach der Bestimmung des Vertrages auszuüben, oder mit anderen Worten, nicht nach eigener Willkür, sondern nach der Bestimmung des Vertrages zu handeln, resp. nicht zu handeln. Das Wesen einer derartigen Verpflichtung besteht also nicht darin, daß ein Recht einer Person in der Weise auf eine andere Person übertragen würde, daß nun diese Person in die Lage kommt, dies Recht selbst, d. h. in eigener Person auszuüben, sondern vielmehr darin, daß eine Person die Verpflichtung übernimmt, in eigener Person für eine andere eine Handlung vorzunehmen, oder zu unterlassen.

Derartige Verpflichtungen kann natürlich eine Person auch bezüglich ihres Eigenthums übernehmen.

Bezüglich des Eigenthums aber ist noch eine andere Weise der Verpflichtung möglich.

Die dem Eigenthum unterliegende Sache existirt getrennt von der eigenen Person, und es können deshalb die der einen Person über die Sache zustehenden Rechte auf eine andere Person übertragen werden, und zwar in der Weise, daß das bisher der einen Person zugestandene Recht über die Sache auf die andere Person übergeht. Das Wesen einer derartigen Verpflichtung besteht also nicht sowohl darin, daß eine Person die Verpflichtung übernimmt, in eigener Person eine bestimmte Handlung für eine andere Person vorzunehmen oder zu unterlassen, sondern darin, daß eine Person die Verpflichtung übernimmt, ein bestimmtes bisher ihr zur eigenen Ausübung zugestandenes Recht auf eine andere Person zur eigenen Ausübung zu übertragen. Dies Recht kann nun ebenso das Eigenthum als ein einzelnes im Eigenthum liegendes Recht sein. Der entscheidende Unterschied der erwähnten beiden Arten der Verpflichtung liegt also darin, daß bei der zuerst gedachten Verpflichtung die eine Person verpflichtet ist, eine Handlung zu leisten oder zu unterlassen, welche die andere Person von ihr zu fordern berechtigt ist; während bei der zuletzt gedachten Verpflichtung das einer Person zustehende Recht an einer Sache auf den Berechtigten übertragen wird, oder kurz: im ersteren Falle besteht der Inhalt der Verpflichtung in der Leistung einer Handlung, im letzteren Falle in der Uebertragung eines Rechts an einer Sache.

In den Gesetzbüchern wird ein Unterschied gemacht, welcher dem eben hervorgehobenen Unterschied nicht ganz entspricht.

Sie stellen nämlich den am meisten in die Augen springenden Fall der Uebertragung eines Rechts an der Sache, den der Uebertragung von Eigenthum, dare, Geben, auf, und setzen diesem Fall entgegen das facere, Thun. Es erhält auf diese Weise der Begriff facere, thun, eine weitere Bedeutung, als ihm eigentlich zukommt, namentlich wird die Uebertragung von Gebrauchsrechten unter den Begriff des facere gestellt.

So sagt das Röm. Recht:

> Obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. l. 3. pr. D. 44. 7.

und speziell bezüglich der Obligationen aus Stipulationen:

> stipulatio est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve quod interrogatus est, respondet. l. 5. §. 1. D. 45. 1.
>
> stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. l. 2. pr. D. l. c.

Jede Verpflichtung, die nicht unter den strengen Begriff dare

fiel, kam unter den Begriff facere zu stehen, namentlich also die Verpflichtung:

rem tradi. l. 28. D. 45. 1.;
ad praestandum. l. 3. pr. D. 44. 7.;
in non faciendo. l. 75. §. 7. D. 45. 1.;
reddere l. 175. D. 50. 16.;
solvere, numerare, judicare. l. 218. D. 50. 16.;
(in einem noch allgemeineren Sinne bedeutet facere jedes Thun, also auch das dare und das nicht juristische ambulare. l. 218. D. 50. 16.

Auch die entgeltlichen Kontrakte werden nach dem hervorgehobenen Unterschiede einander gegenübergestellt.

Der Unterschied zwischen emptio venditio und locatio conductio wird nämlich darein gesetzt, daß es bei der emptio venditio auf eine Eigenthumsübertragung abgesehen ist (rem nobis fieri. l. 20. D. 18. 1.) während eine locatio vorhanden ist:

quoties faciendum aliquid datur. l. 22. §. 1. D. 19. 2.

Unter den allgemeinen Begriff der locatio conductio fiel daher:

1) die eigentliche Verpflichtung zu handeln, operae, factum, quod locari soleat. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

2) demnächst aber auch die Verpflichtung des conductor rerum.

Obwohl hier der eigentliche Inhalt des Vertrages die Uebertragung eines Gebrauchsrechts ist:

ut mihi frui liceat, frui licere. l. 9. pr. D. 19. 2.
utendum datum. l. 1. §. 1. D. 13. 6.
si rem utendam dederit. §. 2. J. 3. 25.;

so stellte man doch die locatio conductio rerum unter den Gesichtspunkt des facere, indem man vornehmlich die Verpflichtung des conductor ins Auge faßte, und also sagte:

conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. l. 25. §. 3. D. 19. 2.

Bei Erörterung der Innominat-Kontrakte endlich, wird allgemein eine Klassifikation der Verträge nach dem Unterschied von dare und facere aufgestellt:

in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi ut des, aut do ut facias, aut facio ut des, aut facio ut facias. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

Das A. L. R. deutet zwar auf den richtigen Unterschied, indem es den Inhalt eines Versprechens dahin angiebt:

einem Andern ein Recht zu übertragen, oder eine Verbindlichkeit gegen denselben übernehmen; §. 2. 1. 5.

allein es kommt doch wieder auf den im Röm. Recht aufgestellten

Unterschied zurück, indem es den Inhalt der aus Verträgen entspringenden Verpflichtung dahin unterscheidet:

etwas zu Gunsten des Andern zu geben, zu leisten, zu dulden oder zu unterlassen. §. 8. 1. 5.

und demzufolge auch hervorhebt:

1) die auf Erwerbung von Eigenthum gerichteteten Verträge, namentlich Kauf, Tausch und Schenkung. Th. I. Tit. 11.
2) die Verträge, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden; Verabredungen, nach welchen Gelder oder Sachen für übernommene Handlungen oder Unterlassungen, oder Handlungen oder Unterlassungen gegen einander versprochen werden. §. 869. sq. 1. 11.

Demnächst aber wird unter einem besonderen Gesichtspunkt der Pacht- und Miethsvertrag erwähnt. Th. I. Tit. 21.; und um diese Absonderung des Pacht- und Miethsvertrages von den Verträgen über Handlungen noch mehr hervorzuheben, wird bei der Lehre, vom Pacht- und Miethsvertrage gesagt:

§. 398. Von Miethungen des Gesindes und der Arbeiter, ingleichen von verdungenen Werken ist gehörigen Orts das Nöthige festgesetzt. Th. I. Tit. 11. §. 895—980. Th. II. Tit. 5.

Das O. G. B. folgt dem A. L. R.

Es bezeichnet als Inhalt des Versprechens,

daß er Jemand sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er etwas für ihn thun oder seinetwegen etwas unterlassen wolle. §. 861.

und sagt dann allgemein:

§. 921. Bei einem entgeltlichen Vertrage werden entweder Sachen mit Sachen oder Handlungen, worunter auch Unterlassungen gehören, mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und Handlungen mit Sachen vergolten;

allein es wird doch der Pacht- und Miethsvertrag nicht unter den Begriff der Verträge über Handlungen gestellt, sondern als ein besonderer Vertrag hervorgehoben. §. 1090. 1151.

Der Code Napoléon giebt den Inhalt der Verpflichtung dahin an:

à donner, à faire ou à ne pas faire, quelque chose. Art. 1101. 1126.

Er macht auch ganz richtig bemerklich:

Art. 1127. Le simple usage, ou la simple possession d'une chose peut être comme la chose même l'objet du contrat;

er kehrt jedoch insofern zur Anschauungsweise des Röm. Rechts zurück, als er unter den generellen Begriff des contrat de louage

die zwei wesentlich verschiedenen Verträge louage des choses und louage d'ouvrage stellt. art. 1708.

An Stelle des hervorgehobenen Unterschiedes zwischen Uebertragung eines Rechts an einer Sache und Uebernahme der Verpflichtung zu handeln hat man einen Unterschied gesetzt, der im Wesentlichen mit dem zwischen dare und facere auf Eins hinausläuft.

Man bemerkte nämlich, daß bei den auf Eigenthumsübertragung gehenden Verpflichtungen die Verpflichtung durch eine einmalige Leistung erfüllt werde, und daß andrerseits bei Miethsverträgen und anderen Verträgen ein durch gewisse Zeit dauerndes auf der einen Seite in fortgesetzter oder wiederholter Leistung bestehendes Verhältniß begründet wird. Nach diesem Unterschiede hat man namentlich die zweiseitigen Verträge in zwei Klassen geschieden, nämlich in solche die dem Kauf ähnlich und solche, die der Miethe anzureihen sind. Koch III. 599.

Eine derartige Unterscheidung ist nicht unrichtig.

Es ist richtig, daß die Erfüllung der Verpflichtung, Eigenthum zu übertragen, als ein momentaner Akt erscheint, während sowohl bei Uebertragung von Gebrauchsrechten als bei der Verpflichtung zur Vorname von Handlungen die Erfüllung als etwas zeitdauerndes erscheint. Man kann sogar noch die weitere Aehnlichkeit hervorheben, daß nur bei Uebertragung des Eigenthums das ganze Recht über die Sache von der einen Person auf die andere Person übergeht, während bei der Uebertragung von Gebrauchs- und Besitzrechten dem Eigenthümer das Eigenthum selbst vorbehalten bleibt und also nur eine Beschränkung dieses Rechts eintritt, wie in ähnlicher Weise bei der Verpflichtung zur Vornahme einer bestimmten Handlung das Recht der Person nach Willkür zu handeln der Person vorbehalten bleibt, und nur in bestimmter Weise beschränkt wird. Man kann also auch bemerklich machen, daß, sobald das eingeräumte Gebrauchsrecht, die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung, durch Erfüllung beseitigt ist, der Verpflichtete sein Eigenthum, sein Recht nach Willkür zu handeln, wieder unbeschränkt ausüben kann, während bei Uebertragung des Eigenthums der Verpflichtete durch die Erfüllung sein Eigenthum definitiv verliert. Dessenungeachtet ist es unrichtig, die Verträge nach jenem Unterschiede zu unterscheiden, wenn es darauf ankommt, sie nach ihrem rechtlichen Inhalt zu klassifiziren. Denn jener Unterschied berührt den rechtlichen Inhalt der Verträge gar nicht, sondern er erzeugt nur eigenthümliche Folgen, wenn es sich um die Erfüllung des Vertrages handelt. Erst bei jenem Gesichtspunkte also kann auch der gedachte Unterschied in Betracht kommen.

1. Verpflichtung, ein Recht an einer Sache zu übertragen.

Die Verpflichtungen, wodurch ein Recht an einer Sache übertragen wird, unterscheiden sich einerseits nach der Verschiedenartigkeit des Rechts an der Sache, andrerseits nach der verschiedenen

Art und Weise, wie die Sache zum Gegenstand der Verpflichtung gemacht wird.

a. Verschiedenartigkeit des Rechts.

Nach ersterem Gesichtspunkt unterscheidet sich:

1) die Uebertragung des Eigenthums,

2) die Uebertragung eines einzelnen im Eigenthum liegenden Rechts. In diesem Falle bleibt der Eigenthümer Eigenthümer der Sache. Das übertragene Recht unterscheidet sich:

a) als Gebrauchs und Nutzungsrecht, und zwar:

1. als das Recht, eine bestimmte Sache oder einen bestimmten Raum zu gebrauchen, zu benutzen, und zwar

a. entweder in vollem Umfange, so daß dem Eigenthümer nur die Substanz der Sache vorbehalten bleibt (Nießbrauch),

b. oder in einem durch den Vertrag näher bestimmten Umfange (usus, habitatio, Pacht und Miethe, Leihe).

2. In Bezug auf Grundeigenthum läßt sich auch eine von der Nutzung, dem Gebrauch der Sache selbst zu unterscheidende Einwirkung bestimmter Art durch Vertrag feststellen (Servitut). In Bezug auf Sacheigenthum ist dagegen eine Unterscheidung des Gebrauchs der Sache von anderweiter Einwirkung auf die Sache nicht thunlich, sondern jede Einwirkung auf die Sache fällt unter den Gesichtspunkt des Gebrauchs der Sache.

b) Auch das Recht des Besitzes kann unter Vorbehalt des Eigenthums- und Gebrauchsrechts übertragen werden. Der Besitz für sich allein gewährt jedoch keinen Vortheil. Er kann aber zum Schutz anderer Rechte dienen, und von diesem Gesichtspunkt aus wird auch das Recht des Besitzes durch Vertrag übertragen (Pfandvertrag).

b. Bestimmung der Sache als individueller oder genereller.

Nach der verschiedenen Art und Weise, wie die Sache zum Gegenstande der Verpflichtung gemacht wird, liegt ein wesentlicher Unterschied darin, ob eine Sache als individuell bestimmte oder als nur qualitativ und quantitativ bestimmte Gegenstand der Verpflichtung ist.

Unter ersteren Gesichtspunkt fällt auch der Fall, wenn von einer individuell bestimmten Sache ein quantitativ bestimmter Theil übertragen wird. Denn in diesem Falle ist das Individuum bestimmt, und es ist nur eine Absonderung des Theiles nöthig.

Unter letzteren Gesichtspunkt fällt nur der Fall, wenn die Sache nur nach Qualität und Quantität — als fungibel — bestimmt ist, namentlich also wenn die Zahlung von Geld versprochen wird. cf. §. 37.

Durch das Versprechen von Geld Seitens des Käufers, Miethers sondert sich der Kauf- und Miethvertrag von den ähnlichen Verträgen.

Ist die Sache nur qualitativ und quantitativ bestimmt, so kann entweder Eigenthum oder Gebrauch übertragen werden.

Bei Uebertragung des Eigenthums treten die Folgen des Unterschiedes der Verpflichtung, eine individuell oder eine qualitativ und quantitativ bestimmte Sache zu übertragen, vornämlich hervor, wenn es sich um die Erfüllung handelt, doch gründet sich auch die Unterscheidung des Kaufvertrages vom Lieferungsvertrage auf diesen Unterschied. cf. §. 37.

Handelt es sich dagegen um Uebertragung von Gebrauchsrecht, so wird durch jenen Unterschied die Art des Vertrages bestimmt.

Wird eine Sache als individuell bestimmte zum Gebrauch übertragen, so bleibt die Sache im Eigenthum des Uebertragenden, nach beendetem Gebrauchsrecht ist deshalb dem Eigenthümer dieselbe Sache zu gewähren (Pacht, Miethe, Leihe).

Wird dagegen der Gebrauch einer nur qualitativ und quantitativ bestimmten Sache übertragen, so geschieht dies in der Weise, daß die Sache dem Berechtigten zur freien Verfügung als Eigenthümer übergeben wird mit der Verpflichtung, nach beendetem Gebrauchsrecht eine Sache von gleicher Qualität und Quantität zurückzugeben.

Man kann daher sagen, der Berechtigte wird Eigenthümer des Individuums, der Verpflichtete aber bleibt Eigenthümer der Gattung, und dies erscheint in der Weise, daß der Berechtigte ein Individuum gleicher Art zurückgeben muß. cf. §. 42.

Es ist hierbei noch zu bemerken:

1. Die hier in Betracht kommende Fungibilität der Sache ist nicht zu verwechseln mit der noch zu erwähnenden Fungibilität des Geldes. §. 312.

Inwiefern in einem Vertrage eine Sache als individuelle oder fungible gilt, darüber entscheidet ausschließlich der Inhalt des Vertrages. Wenn also auch Geld gewöhnlich nur als fungible Sache Gegenstand des Vertrages ist, so steht doch nichts entgegen, über einzelne bestimmte Geldstücke als über individuell bestimmte Sachen einen Vertrag zu schließen.

2. Es ist auch die hier in Betracht kommende Fungibilität der Sachen nicht zu verwechseln mit den sogenannten verbrauchbaren Sachen. Ob eine Sache gewöhnlich als verbrauchbar oder unverbrauchbar gilt, das ist ein rein thatsächlicher Unterschied, der allerdings rechtliche Folgen haben kann, namentlich wenn verbrauchbare Sachen Jemandem zum Verbrauch gegeben werden, der aber nicht nothwendig zusammenfällt mit dem hier erörterten rechtlichen, juristischen Unterschied.

Es können ebenso Sachen, die gewöhnlich als unverbrauchbar gelten, durch den Vertrag als fungibel bestimmt werden, als umgekehrt Sachen, die gewöhnlich als verbrauchbar gelten, durch den Vertrag individuell bestimmt werden können. §. 42.

3. Endlich ist zu bemerken:

Wenn eine Sache als fungibel Gegenstand des Vertrages ist, so ist zwar, wie hervorgehoben, die Uebertragung des Gebrauchsrechts möglich, dagegen ist nicht möglich die Uebertragung des Besitzrechts unter Vorbehalt des Gebrauchsrechts.

Auch ist ein Gebrauchsrecht an Sachen als fungiblen nur möglich an Sacheigenthum, nicht an Grundeigenthum, weil Grundeigenthum durch seine Lage als bestimmter Theil der Erde absolut bestimmt ist.

Wollte man beim Grundeigenthum von der Lage des Grundstücks abstrahiren, so würde die wesentlichste Bestimmtheit desselben ignorirt und ein Vertrag über einen ganz unbestimmten Gegenstand geschlossen werden. Es müßte mindestens relativ die Lage des Grundstücks bestimmt werden.

Auch würde ein Vertrag, wonach Jemandem ein Grundstück zum Verbrauch übertragen wird, mit der Verpflichtung nach bestimmter Zeit Eigenthum eines gleichartigen Grundstücks zurückzugewähren, unter den Gesichtspunkt eines Tauschvertrages zu stellen sein, weil nicht die Uebertragung des Gebrauchsrechts, sondern die Uebertragung des Eigenthums als das Wesentliche erschiene.

Auch Eigenthum an Sachen als fungiblen wird nur an Sacheigenthum übertragen.

Der Vertrag, Grundeigenthum von bestimmter Qualität zu verschaffen, fällt unter den Gesichtspunkt der Verträge über Handlungen, weil nicht die Veräußerung Seitens des Versprechenden, sondern das Anschaffen Seitens desselben als das Wesentliche erscheint.

2. Verpflichtung zur Leistung einer Handlung.

Die Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen umfaßt den ganzen Umfang aller erlaubten Handlungen, und zwar in dem Sinne, daß auch Unterlassungen mit inbegriffen sind. Es ergiebt sich jedoch folgender wesentliche Unterschied:

Entweder übernimmt Jemand die Verpflichtung, in irgend einer rechtlichen Beziehung die Persönlichkeit, den Willen einer Person, dritten Personen gegenüber zu vertreten (Vollmacht), oder es verpflichtet sich Jemand zur Vornahme bestimmter, thatsächlicher Handlungen (ohne also eine juristische Vertretung, Vollmacht zu übernehmen.)

Diese Handlungen oder Unterlassungen können der verschiedensten Art sein. Im Verkehr des bürgerlichen Lebens treten jedoch bestimmte Handlungen besonders hervor, deshalb werden einzelne Verträge besonders hervorgehoben. Dies ist namentlich der Fall, wenn

es sich um gewisse Einwirkungen auf individuell bestimmte Sachen handelt.

Nach dem verschiedenen Grade der Einwirkung auf die Sache unterscheiden sich folgende Verpflichtungen:

1) die Verpflichtung eine Sache zu verwahren, zu beaufsichtigen (Depositum).
2) Die Verpflichtung eine Sache zu verwalten.
3) Die Verpflichtung eine Sache ihrer Substanz nach umzuwandeln (Bearbeitung).

Die hier hervortretenden Verpflichtungen entsprechen in gewisser Weise dem Recht des Besitzers, Gebrauchs und Eigenthums. Bei Verwahrung überkommt der Verpflichtete die Pflichten des Besitzers, bei Verwaltung die Pflicht, die Sache in brauchbarem Stande zu erhalten, bei Bearbeitung, die Pflicht über die Substanz zu verfügen.

B. Vertheilung der Verpflichtung an die Contrahenten.

Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß entweder nur der eine Contrahent berechtigt und der andere verpflichtet wird, oder daß jeder der Contrahenten berechtigt und verpflichtet wird.

Dabei können jedoch noch besondere Modifikationen hervortreten, nämlich in der Art:

a) daß ein außer dem Vertrage liegender Moment entscheidet, welcher Contrahent der verpflichtete sein soll, oder ob nur ein Contrahent oder beide verpflichtet sein sollen (Glücksvertrag).
b) daß ein der Form nach gegenseitig verpflichtender Vertrag in seinem wahren Wesen ein Akt der Freigebigkeit sein kann.

1. Einseitig oder gegenseitig verpflichtender Vertrag.

§. 32.

Der Vertrag ist einseitig verpflichtend, wenn nur ein Contrahent eine Verpflichtung übernimmt, gegenseitig verpflichtend, wenn jeder Contrahent eine Verpflichtung übernimmt.

Die Stipulation war wesentlich eine Form des Vertrages, aus der nur ein Contrahent verpflichtet wurde. Wenn gleich Mehreres stipulirt wurde, so wurde doch jede Verpflichtung als eine für sich bestehende angesehen:

tot stipulationes sunt, quot res. l. 75. §. 9. D. 45. 1.

tot esse stipulationes, quot summae sunt, totque esse stipulationes, quot species (sunt). l. 29. pr. l. c. l. 86. l. 134. §. 3. l. 140. pr. l. c.

Bezüglich der nicht in Form der Stipulation geschlossenen Verträge geht das Römische Recht nicht davon aus, ob durch den Vertrag eine einseitige oder gegenseitige Verpflichtung entsteht, sondern von dem Gesichtspunkte, ob, sofern aus dem Vertrage eine obligatio, actio entsteht, nur für den einen Theil oder beide Theile eine Klage entsteht.

Aus den einseitigen Realverträgen entstand eine obligatio, actio erst aus der Uebergabe der Sache. Diese obligatio des Empfängers der Sache war eine einseitige.

Zweiseitig verpflichtende Verträge, d. h. Kontrakte im engeren Sinne:

> Contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συναλλαγμα vocant,

waren von den Konsensualverträgen

> emptio venditio, locatio conductio, societas. l. 19. D. 50. 16.

Ebenso gehören dahin die unbenannten Realkontrakte:

> do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. l. 5. D. 19. 5.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

> §. 7. Wenn beide Theile gegenseitige Verbindlichkeiten übernehmen, wird solches ein lästiger Vertrag genannt.
>
> §. 8. Wohlthätig heißt ein Vertrag, wenn nur ein Theil etwas zu Gunsten des Andern zu geben, zu leisten, zu dulden oder zu unterlassen verpflichtet wird.

Das O. G. B.:

> §. 864. Verträge sind einseitig oder zweiseitig verbindlich, je nachdem nur ein Theil etwas verspricht und der andere es annimmt, oder beide Theile einander Rechte übertragen und wechselseitig annehmen.
>
> Die ersteren werden also ohne Entgelt, die andern aber mit Entgelt geschlossen.

Es ist hier ganz richtig der einseitig verpflichtende und unentgeltliche und der zweiseitig verpflichtende und entgeltliche Vertrag als identisch bezeichnet.

Der Code Napoléon sagt:

> Art. 1102. Le contrât est synallagmatique ou bilatéral, lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres.
>
> Art. 1103. Il est unilatéral, lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement.

Außerdem aber bestimmt er noch:

> Art. 1105. Le contrât de bienfaisance est celui dans

lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

Art. 1106. Le contrât à titre onéreux est celui, qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

In Wahrheit ist jedoch zwischen den contrât unilatéral und contrât de bienfaisance einerseits und dem contrât bilatéral und contrât à titre onéreux kein Unterschied. Denn es ist ganz dasselbe, ob

une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait d'engagement,

oder ob

unes des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit,

und ob:

les contractans s'obligent réciproquement les uns envers les autres,

oder ob der Kontrakt

assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose.

Der Unterschied liegt nur darin, daß einmal die Sache rein juristisch aufgefaßt wird, nämlich ob nur ein Theil oder beide Theile verpflichtet werden, und daß das andere Mal die Sache mehr von der thatsächlichen Seite angesehen wird, nämlich ob man einen Vortheil unentgeltlich oder entgeltlich überkommt.

Eine ganz verkehrte Auffassung enthält Koch II. 45., indem er meint:

Der einseitige Vertrag ist der Begriff des Vertrages in seiner Reinheit.

Der Begriff des Vertrages besteht vielmehr gerade darin, daß er entweder ein einseitig oder ein gegenseitig verpflichtender ist, je nach der willkürlichen Uebereinkunft der Kontrahenten.

Als Grund giebt Koch an:

denn nach dem Wesen des Vertrages kann nur der eine Schuldner und der andere Gläubiger sein.

Er verwechselt hier sichtlich den Begriff: Verpflichtung (obligatio) und Vertrag. Eine Folge dieser verkehrten Auffassung ist die Aeußerung:

Der zweiseitige (Vertrag) kann als zwei zusammengesetzte Verträge gedacht werden, so jedoch, daß sie nothwendig zusammen gehören, nothwendig mit einander verbunden sind.

In dieser Weise wird das ganz einfache Rechtsverhältniß:

daß die aus einem gegenseitig verpflichtenden Vertrag ent-

springenden Verpflichtungen in Wechselbeziehung zu einander stehen,

entstellt.

2. Glücksvertrag.

§. 33.

Ein Glücksvertrag ist vorhanden, wenn ein nicht von der Willkür der Kontrahenten allein abhängendes Ereigniß darüber entscheidet:

a) entweder: welcher der Kontrahenten verpflichtet sein soll,

b) oder: ob der eine Kontrahent, welcher eine Leistung unbedingt zu fordern hat, dem andern Kontrahenten eine Gegenleistung gewähren muß.

Das Ereigniß kann ebensowohl ein reiner Zufall sein, als von persönlicher Geschicklichkeit abhängig gemacht werden. Nur nicht allein von der Willkür eines Kontrahenten darf es abhängen, weil in einem solchen Falle der Vertrag unter andere Gesichtspunkte fällt.

Die hierher gehörigen Verträge sind:

a) und zwar solche, wo das Ereigniß entscheidet, welcher der Kontrahenten verpflichtet sein soll,

die Wette, sponsio, pari, vom O. G. B. dahin definirt:

§. 1270. Wenn über ein beiden Theilen noch unbekanntes Ereigniß ein bestimmter Preis zwischen ihnen für denjenigen, dessen Behauptung der Erfolg entspricht, verabredet wird,

und das Spiel, alea, le jeu, nämlich, wenn das Spiel in der Art erfolgt, daß der eine Theil das gewinnt, was der andere Theil verliert.

b) Zu den Verträgen, durch welche der eine Theil unbedingt verpflichtet ist, der andere Theil aber nur für den Fall des Eintritts eines Ereignisses, gehört:

1) der Hoffnungskauf, emptio spei, wo der Kaufpreis unbedingt zu zahlen ist, die Sache aber nur in dem Falle gefordert werden kann, wenn sie zur Existenz kommt;

2) die Versicherungsverträge, wo eine bestimmte Prämie unbedingt zu zahlen ist, die versicherte Summe aber nur in dem Falle, wenn der vorausgesetzte Unglücksfall eintritt;

3) alle diejenigen Spiele, wo jeder Spieler einen gewissen Einsatz unbedingt zu zahlen hat, und nur im Falle des Gewinnes einen bestimmten Gewinnst erhält, namentlich also Lotteriespiel und Ausspielen.

Von den gewöhnlichen gegenseitig verpflichtenden Verträgen unterscheiden sich die ad b. erwähnten Verträge dadurch, daß bei ersteren jeder Theil auf eine gleiche Weise verpflichtet ist, also bei einem unbedingten Vertrage jeder Kontrahent unbedingt, während bei letzteren der eine Theil unbedingt, der andere Theil aber nur bedingt verpflichtet ist. Erst das Ereigniß entscheidet, ob er unbedingt verpflichtet oder nicht verpflichtet ist. Derartige Verträge sind deshalb für beide Fälle gültig.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht:

> Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, velluti cum quasi alea emitur, quod fit, cum captus piscium vel avium, vel missilium emitur. emptio enim contrahitur, etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est. l. 8. §. 1. D. 18. 1.

und:

> cum futurum jactum retis a piscatore emimus, aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe, nam etiam si nihil capit, nihilominus emptor pretium praestare necesse habebit. l. 11. §. 18. D. 19. 1.

Das A. L. R. 1. 11.:

> §. 528. Ist die bloße Hoffnung eines künftigen ungewissen Vortheils der Gegenstand des Vertrages, so besteht derselbe, wenn auch gar kein Vortheil wirklich wird;

und das O. G. B.:

> §. 1276. Wer die künftigen Nutzungen einer Sache in Pausch und Bogen, oder wer die Hoffnung derselben in einem bestimmten Preise kauft, errichtet einen Glücksvertrag: Er trägt die Gefahr der ganz vereitelten Erwartung; es gebühren ihm aber auch alle ordentliche erzielte Nutzungen;

und §. 1065.:

> Wenn Sachen, die noch zu erwarten stehen, gekauft werden, so sind die in dem Hauptstück von gewagten Geschäften gegebenen Anordnungen maaßgebend.

Schließlich ist noch zu bemerken, daß die Glücksverträge als eine eigenthümliche Art von Verträgen nicht unter die Kategorie der einseitig oder gegenseitig verpflichtenden Verträge fallen.

Wollte man sie unter diesen Gesichtspunkt stellen, so müßte man dies in der Weise thun, daß man das nach dem Eintritt des Ereignisses statthabende Rechtsverhältniß zur Grundlage nimmt. Dann würden die Verträge, bei denen das Ereigniß entscheidet, welcher der Kontrahenten verpflichtet sein soll, unter den Gesichtspunkt der einseitig verpflichtenden Verträge fallen; die Verträge dagegen, bei denen das Ereigniß entscheidet, ob der eine Kontrahent verpflichtet wird oder nicht, je nach dem Ausfall des Ereignisses unter die einseitig oder gegen-

seitig verpflichtenden Verträge. Eine derartige Unterscheidung hat jedoch keinen praktischen Zweck. Denn nicht die aus der Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit des Vertrages folgenden Grundsätze sind bezüglich der Glücksverträge maaßgebend, sondern vielmehr die aus der Eigenthümlichkeit dieser Verträge folgenden Grundsätze; wie beispielsweise bereits bezüglich der Gültigkeit dieser Verträge bemerklich gemacht worden ist.

Es kann daher zwar vom Spiel und der Wette gesagt werden:

die Eigenthümlichkeit des Vertrages besteht darin, daß jede Parthei sich der Gefahr des Verlustes unterzieht,

dagegen ist es zwecklos und unrichtig, deshalb Spiel und Wette unter den Gesichtspunkt der Verträge zu stellen:

welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig sind, Koch III. 839.

3. Freigebigkeit unter dem Scheine eines entgeltlichen Vertrages.

§. 34.

Wenn ein entgeltlicher Vertrag in der Absicht geschlossen wird, dadurch gegen den einen Kontrahenten einen Akt der Freigebigkeit zu üben, so überkommt der zur Freigebigkeit verpflichtete nur die Verpflichtungen, wie aus einem unentgeltlichen Vertrage.

Derartige Verträge werden in den Gesetzen nur gelegentlich erwähnt.

Das Römische Recht spricht den allgemeinen Grundsatz richtig dahin aus:

Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est, et ita et Pomponius eum existimare refert. l. 18. D. 39. 5.

Daraus ergiebt sich, daß in einem solchen Falle alle aus der Natur der entgeltlichen Verträge folgenden Verpflichtungen ausgeschlossen bleiben, namentlich also die Bestimmungen rücksichtlich der Gewährleistung, der Vertretung der culpa, und Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums.

Das A. L. R. erwähnt, abgesehen von dem Falle der Abtretung eines Guts an Erben in absteigender Linie, derartige Verträge nicht.

Es unterscheidet jedoch die lästigen Verträge darnach als solche, bei denen die Vermuthung gilt:

daß keiner mehr habe geben oder leisten wollen, als ihm von dem andern Theile vergütet worden. §. 260. I. 5.

und als solche, bei denen ausnahmsweise:

die Absicht, freigebig zu sein, klar ist. §. 260. I. c.
und nur an erstere ist gedacht, wenn allgemeine Regeln bezüglich der lästigen Verträge aufgestellt werden, namentlich bei den Regeln über Gewährleistung, Vertretung der Aufmerksamkeit und Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums. Wenn also auch bei der Lehre von der Gewährleistung nur dann die allgemeinen Grundsätze ausgeschlossen werden,

wenn ausdrückliche Verabredungen etwas anderes mit sich bringen §. 318.

so wird man doch auch annehmen müssen, daß jene Grundsätze auch dann ausgeschlossen bleiben, wenn die Absicht, freigebig zu sein, aus den Umständen sich klar ergiebt. Bei dem Anspruch aus der Laesio enormis wird daher auch ausdrücklich auf die Umstände verwiesen. §. 60. I. 11.

Das O. G. B. enthält eine ausdrückliche Bestimmung bezüglich derartiger Verträge im Falle der Verletzung über die Hälfte, indem es den Anspruch ausschließt,

wenn nach dem Verhältniß der Personen zu vermuthen ist, daß sie einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag schließen wollten. §. 935.

Der Code Napoléon erwähnt die in Wahrheit entgeltlichen Verträge unter einem besonderen Namen, indem er sagt:

Art. 1104. Il est commutatif, lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose, qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce qu'on fait pour elle.

Anmerkung. Die unmittelbar aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen (der Inhalt des Vertrages) sind nicht zu verwechseln mit den bei Erfüllung des Vertrages hervortretenden Verpflichtungen (die mittelbaren Verpflichtungen).

Diese mittelbaren Verpflichtungen entstehen dadurch, daß einerseits die Sachen nicht nach den verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten, unter die sie durch Vertrag gestellt werden, theilbar sind, und daß andrerseits die Vorname bestimmter Handlungen nicht immer ohne Kosten, ohne Eingehung von Verbindlichkeiten möglich ist.

In ersterer Rücksicht ist zu bemerken: Wenn Jemandem durch den Vertrag nur ein bestimmtes Recht an der Sache (Gebrauch, Besitz) übertragen wird, so kann es vorkommen, daß, um ihm die Ausübung seines Rechts möglich zu machen, die Sache ganz und gar in seine Gewalt gegeben werden muß. In Folge dieses thatsächlichen Umstandes — also mittelbar, nicht unmittelbar aus dem Vertrage — überkommt der Berechtigte Verpflichtungen, namentlich die Verpflichtung, die Sache vor Schaden zu bewahren (custodia) und die Verpflichtung, die Sache nach Beendigung des ihm übretragenen Rechts zurückzugeben (restitutio).

Ebenso kann es vorkommen, daß, wenn Jemand nur eine bestimmte Handlung bezüglich einer Sache übernimmt (Verwahrung, Verwaltung, Bearbeitung), doch die Sache ganz und gar in seine Gewalt gegeben werden muß. In Folge dieses thatsächlichen Umstandes — also wieder mittelbar, nicht unmittelbar aus dem Vertrage — wird die aus dem Vertrage entspringende Verpflichtung über ihren eigentlichen Inhalt ausgedehnt, also z. B. der Depositar verpflichtet, die Rechte des Eigenthümers wahrzunehmen.

Hat endlich Jemand die Leistung bestimmter Handlungen übernommen, so kann es vorkommen, daß diese Handlungen nicht vorgenommen werden können, ohne daß dem Verpflichteten Kosten entstehen, ohne daß er Verbindlichkeiten eingeht. In Folge dieses thatsächlichen Umstandes — also wieder mittelbar, nicht unmittelbar aus dem Vertrage — erwirbt der Verpflichtete das Recht auf Ersatz der Auslagen, auf Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten.

Im Römischen Recht tritt der angegebene Unterschied zwischen den unmittelbar aus dem Vertrage und den mittelbar aus der Erfüllung des Vertrages entspringenden Verpflichtungen beim Mandat hervor. Der Mandans hat die actio directa aus dem Vertrage, der Mandatar die actio contraria aus der Erfüllung des Mandats.

Bei den sogenannten einseitigen Realkontrakten entstehen dagegen aus dem Vertrage für sich allein gar keine Obligationen, sondern erst in Folge der Uebergabe der Sache (re). Hierin liegt der Grund, weshalb der eigentliche Inhalt des Vertrages zurücktritt, und die in Folge der Uebergabe der Sache entstehenden Obligationen als das Wesentliche angesehen werden, d. h. die obligatio der custodia und restitutio, und deshalb die actio directa dem commodans, dem deponens, dem debitor gegeben wird.

Dagegen ist es keinem Römischen Juristen eingefallen, diese obligatio ex contractu mit dem Kontrakte selbst zu verwechseln; sie sagen ganz richtig:

> obligationes ex contractu sunt, re contrahuntur. §. 2. J. 3. 14.

und auch die Glosse macht ganz richtig bemerklich:

> contractus est factum, obligationem inter aliquos constituens, factum, quo obligamur, sed non ipsum vinculum juris, c o n t r a c t u s n o n e s t o b l i g a t i o, cum ea ex contractu oriatur. (l. 19. D. 50. 16.)

Nach der Ansicht des neueren Rechts ist der Vertrag für sich allein verpflichtend. Man hat daher von dem mutuum, commodatum, depositum, pignus, d. h. von den Obligationen, welche nach geschehener Uebergabe der Sache hervortreten, das sogenannte pactum de mutuando etc. (d. h. den eigentlichen Vertrag) unterschieden.

Gegen eine solche Unterscheidung ist nichts zu sagen, wenn man nur das festhält, daß in der That nur ein einziger Vertrag vorliegt, und dieser Vertrag nur in verschiedenen Momenten seiner Entwickelung, nämlich vor und nach der Uebergabe der Sache, in Betracht zu ziehen ist.

Man hat aber dies übersehen; man hat die nach der Uebergabe der Sache hervortretenden Obligationen als den eigentlichen Vertrag angesehen, und den der Uebergabe vorangehenden Vertrag (d. h. den eigentlichen Vertrag) nur als einen Vertrag über einen Vertrag bezeichnet, man hat also aus zwei Momenten Eines Vertrages unrichtiger Weise zwei Verträge gemacht.

Schon das A. L. R. ist nicht ganz frei von dieser Ansicht.

Beim Darlehnsvertrage unterscheidet es den Darlehnsvertrag vor und nach der Uebergabe §. 654. 661. I. 11., und bezeichnet den Darlehnsvertrag nach der Uebergabe als Darlehn. § 653.

Bei Verwahrung heißt es I. 14.:

> §. 9. Wenn eine Sache Jemandem unter der Verbindlichkeit übergeben worden . . . so ist unter den Parteien ein Verwahrungsvertrag vorhanden.

Hier wird also das nach der Uebergabe entstehende Rechtsverhältniß als der eigentliche Vertrag bezeichnet.

Auch die Bestimmung I. 21.:

> §. 229. Wird eine Sache bloß Jemandem zum Gebrauche . . . eingeräumt, so ist ein Leihvertrag vorhanden,

scheint in gleicher Weise aufgefaßt werden zu müssen.

Entschiedener tritt die unrichtige Auffassungsweise im O. G. B. hervor. Das O. G. B. sagt geradezu:

> §. 957. Wenn Jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag.
>
> §. 971. Wenn Jemandem eine unverbrauchbare Sache bloß zum unentgeltlichen Gebrauch auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag.
>
> §. 983. Wenn Jemandem verbrauchbare Sachen unter der Bedingung übergeben werden . . . so entsteht ein Darlehnsvertrag.

Von diesem sogenannten eigentlichen Vertrage unterscheidet es den der Uebergabe vorangehenden Vertrag als einen Vertrag, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen. Es sagt ausdrücklich:

> §. 957. Das angenommene Versprechen, eine fremde noch nicht übergebene Sache in Obsorge zu nehmen, macht zwar den versprechenden Theil verbindlich, es ist aber noch kein Verwahrungsvertrag.
>
> §. 971. Der Vertrag, wodurch man Jemandem eine Sache zu leihen verspricht, ohne sie zu übergeben, ist zwar verbindlich, aber noch kein Leihvertrag.

§. 983. Er (der Darleihensvertrag) ist mit dem ebenfalls verbindlichen Vertrage (§. 936.), ein Darleihen künftig zu geben, nicht zu verwechseln;

und im §. 936. wird dieser sogenannte vorangehende Vertrag unter den allgemeinen Gesichtspunkt einer:

Verabredung, künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen gestellt.

Der Code Napoléon erwähnt den eigentlichen Vertrag (das pactum de) gar nicht, sondern nur die aus der Uebergabe entspringenden Verpflichtungen. Er bezeichnet das prêt à usage und das prêt de consommation als einen contrât par lequel l'une des parties livre . . . Art. 1875., 1892., das depôt als einen acte, par lequel on reçoit. Art. 1915.

Koch stellt die Sache so dar III. 197.:

Bei den Realkontrakten ist allemal ein vorausgehender Konsensualvertrag anwendlich und augenscheinlich durchaus verschieden von dem darauf folgenden Hauptkontrakt, durch welchen er solvirt wird.

Das ist eine verkehrte Auffassungsweise.

Außer dem sogenannten vorausgehenden Konsensualvertrage, d. h. außer dem eigentlichen Vertrage, existirt nicht noch ein anderer Vertrag, sondern die Sache ist einfach die, daß nach der erfolgten Uebergabe andere Verpflichtungen bestehen, als vor erfolgter Uebergabe. Auch wird durch die Uebergabe der eigentliche Vertrag nicht solvirt, sondern er besteht nach wie vor. Solvirt wird nur die Verpflichtung zur Uebergabe. Der Vertrag selbst wird erst solvirt, wenn das durch den Vertrag begründete Rechtsverhältniß beendet ist.

Die Begriffsverwirrung wird noch erhöht, wenn man die Wahrnehmung, daß bei den Verträgen, wodurch der Gebrauch, der Besitz einer Sache übertragen wird, vor der Uebergabe der Sache der Geber, nach erfolgter Uebergabe aber der Empfänger als verpflichtet erscheint, unter den gar nicht passenden Gesichtspunkt der einseitig oder gegenseitig verpflichtenden Verträge stellt.

Dies thut Goeschel (Zerstreute Blätter, pag. 408.), indem er meint:

Nunmehr treten auch die übrigen Verträge, welche zwei einseitige successiv in sich schließen, in ihr volles Licht (?). Es ergiebt sich auch ferner, daß sie als doppelt einseitig das Ansehen der Zweiseitigkeit erhalten, wenn nur die beiden einseitigen Momente als zwei flüssige Momente Eines Vertrages betrachtet werden;

und nach ihm Bornemann II. 401.:

Ueberdies nähern sie (die einseitigen Realverträge) sich den letztern (den zweiseitigen Verträgen) auch dadurch, daß sie das Dasein und die Erfüllung eines andern Vertrages, dessen nothwendiges

Hinterher sie sind, der Darlehnsvertrag z. B. ein erfülltes pactum de mutuando oder doch die Hingabe des Geldes als Darlehn Seitens des nachherigen Gläubigers, ausdrücklich oder stillschweigend voraussetzen: daß mithin die beiden Momente, welche bei den nothwendig zweiseitigen Verträgen in einen Akt zusammengezogen sind, hier nur auseinanderliegen.

Es ist gegen eine derartige Auffassung zu bemerken: Ob ein Vertrag einseitig oder gegenseitig verpflichtend ist, das ist einzig und allein darnach zu beurtheilen, ob durch den Vertrag nur ein Kontrahent oder beide Kontrahenten verpflichtet werden. Ob im Verlaufe der Erfüllung des Vertrages mittelbar Verpflichtungen entstehn oder nicht, das hat mit der Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit des Vertrages nichts zu schaffen, und es mag noch zum Ueberfluß bemerkt werden, daß die hervorgehobene angebliche Eigenthümlichkeit der Realverträge auch bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen, wodurch die Nutzung einer Sache übertragen wird, wahrgenommen werden kann. Auch beim Miethvertrage ist vor der Uebergabe der Sache der Vermiether zur Uebergabe verpflichtet, nach der Uebergabe dagegen der Miether zur custodia und diligentia bezüglich der gemietheten Sache.

II. Die in den Gesetzbüchern hervorgehobenen Verträge.

1. Schenkung.

§. 35.

Der Vertrag, wodurch der eine Kontrahent sich verpflichtet, dem andern Kontrahenten Eigenthum einer individuell oder generell bestimmten Sache unentgeltlich zu übertragen, ist eine Schenkung.

Im Römischen Recht konnte im pactum donationis die Sache individuell oder generell bestimmt sein, so lange aber das pactum donationis nicht klagbar war, interessirte dieser Unterschied nicht, denn durch die traditio, welche die donatio erst vollgültig machte, wurde die Sache immer individuell bestimmt, nämlich als die übergebene Sache.

Der Begriff der Schenkung wurde daher dahin angegeben:

> dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat, haec proprie donatio appellatur. l. 1. pr. D. 39. 5.

Das A. L. R. sagt I. 11.:

§. 1037. Schenkungen sind Verträge, wodurch Einer dem Andern das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts unentgeltlich zu überlassen sich verpflichtet.

Das O. G. B.:

§. 938. Ein Vertrag, wodurch eine Sache Jemandem unentgeltlich überlassen wird (nämlich zum Eigenthum), heißt eine Schenkung.

Der Code Napoléon stellt die Donation nicht unter den Begriff des Vertrages, sondern sagt:

Art. 894. La donation entre vifs est un acte, par lequel le donataire se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire, qui l'accepte.

Er setzt dabei voraus, daß in dem Moment, in welchem die Schenkung wirklich zu Stande kommt, die Sache individuell bestimmt sei.

Einerseits heißt es:

Art. 948. Tout acte de donation d'effets mobiliers ne sera valable, que pour les effets dont un état éstimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux, qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation.

Diese Bestimmung läßt sich zwar auch dahin auslegen, daß die Sachen nur generell bestimmt werden, allein andererseits wird gesagt:

Art. 938. La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

Eine Eigenthums-Uebertragung von einer Person auf die andere ist aber nicht möglich, wenn nicht die Sachen individuell bestimmt sind, sei es nun durch den Vertrag, oder durch die Uebergabe, oder anderweite Bezeichnung. Hiernach wäre anzunehmen, daß, wenn durch den acte de donation die zu schenkende Sache nicht individuell bestimmt ist, gar keine gültige Schenkung vorliegt.

Auch unter den Gesichtspunkt des contrât unilateral, contrât de bienfaisance ist ein derartiger Fall nicht zu stellen, weil der Code Napoléon die Donation nicht unter den Gesichtspunkt der Convention stellt.

2. Kauf.

§. 36.

Der Vertrag, wodurch der eine Theil sich verpflichtet, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, der an-

dere, Eigenthum einer individuell bestimmten Sache zu übertragen, ist ein Kauf.

1) Der Verkäufer ist verpflichtet, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen.

Daher sagt das Römische Recht:

pretium in numerata pecunia consistere debet. §. 2. J. 3. 24.

sine pretio nulla venditio est. l. 2. §. 1. D. 18. 1.

empti fides ac venditi sine quantitate nulla est. l. 9. C. 4. 38.

Es ist kein Kauf vorhanden, wenn:

pretium incertum est. l. 7. §. 1. und 2. l. 35. §. 1. l. 37. D. 18. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 11.:

zur Erlegung einer bestimmten Geldsumme. §. 1. §. 46. ff.

Das O. G. B.:

um eine bestimmte Summe Geldes. §. 1053.

Der Code Napoléon:

l'autre s'oblige à la payer. Art. 1582. payer le prix. Art. 1650. prix déterminé. Art. 1591.

2) Der Verkäufer muß Eigenthum einer Sache übertragen.

Nach Römischen Recht war zwar der Begriff des Kaufs ausgeschlossen, wenn ausdrücklich dare versprochen war:

dedi tibi pecuniam, ut Stichum mihi dares, utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum. l. 16. D. 12. 4.

allein es war dies nur eine Folge der eigenthümlichen Bedeutung des Wortes dare. Die Absicht der Kontrahenten mußte auf Eigenthums-Uebertragung gehen:

rem nobis fieri. l. 20. D. 18. 1.

facit et emptorem dominum. l. 11. §. 2. D. 19. 1.

daher heißt es:

nemo potest videri eam rem vendidisse, de cujus dominio id agitur, ne ad emptorem transeat. l. 80. §. 3. D. 18. 1.

und daß das dare ausgeschlossen war, hatte nur den Sinn;

qui vendidit, necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit. l. 25. §. 1. D. 18. 1.

Die Verpflichtung des Verkäufers ging dahin:

ipsam rem praestare id est tradere und praestet habere licere. l. 11. §. 2. D. 19. 1.; l. 8.; l. 21. §. 1. D. 21. 2.; l. 30. §. 1. D. 19. 1.

Perfekt wurde der Vertrag erst durch individuelle Bestimmung des Gegenstandes:

In his, quae pondere, numero mensurave constant... non aliter videatur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

Das A. L. R. sagt:

wodurch der eine Kontrahent sich zur Abtretung des Eigenthums einer Sache verpflichtet. §. 1. 1. 11.

Das O. G. B.:

Durch den Kaufvertrag wird eine Sache einem Andern überlassen. §. 1053. Er gehört zu den Titeln ein Eigenthum zu erwerben. l. c.

Der Code Napoléon sagt:

à livrer une chose. Art. 1582. und
garantir la chose. Art. 1603.

3. Lieferung.

§. 37.

Der Vertrag, wodurch der eine Kontrahent sich verpflichtet, eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, der andere Kontrahent, Eigenthum einer generell bestimmten Sache zu übertragen, ist ein Lieferungsvertrag.

Es ist der Lieferungsvertrag nicht zu verwechseln mit dem Falle des Kaufvertrages, wenn eine individuell bestimmte Sache Gegenstand des Kaufes ist, und nur zur näheren Bestimmung des Gegenstandes ein bestimmter Theil eines individuell bestimmten Ganzen abgesondert, oder zur Bestimmung des Betrages des Kaufpreises von einem individuell bestimmten Ganzen, Zahl, Maaß oder Gewicht ermittelt werden muß.

Das Römische Recht erörtert den eben gedachten Fall.

Ist das Ganze für einen bestimmten Preis gekauft, so ist das ein gewöhnlicher Kauf:

si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum, quantumcunque esset, uno pretio venierit, idem juris est, quod in caeteris rebus. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

namentlich also:

si grex venierit, uno pretio. l. 35. §. 6. D. l. c.
vina in doliis. l. 15. D. 18. 6.
universum, quod in horreis erat positum, sine mensura. l. 2. C. 4. 48.
vinum, quod certum fuerat comparatum. l. 12 C. 4. 49.

Wenn dagegen gekauft wird:

1) Ein Theil eines Ganzen:

ex doliario pars vini, veluti metretae centum. l. 35. §. 7. D. l. c.

amphora centum ex eo vino, quod in cella esset. l. 5. D. 18. 6.

2) oder ein Ganzes, so daß nach der Zahl bestimmter Quantitäten der Kaufzins bestimmt wird:

si pro numero corporum pretium fuerit statutum. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

in singula corpora certo pretio. l. 35. §. 6. D. l. c.

ad singula jugera certum pretium. l. 40. §. 2. D. 18. 1.

singulae amphorae vini certo pretio. l. 2. C 4. 48.

ut appareat quantum ematur. l. 34. §. 5. D. l. c.

so gilt der Vertrag zunächst nicht als perfect. Er wird erst perfect

non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam siadmensa, adpensa, ad numerata sint. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

tunc perfici emptionem, cum adnumerata, admensa, adpensa sint. l. 35. §. 5. l. c.

nämlich in dem Sinne, daß das periculum auf den Käufer übergeht.

Ein derartiger Kauf wird einem bedingten Kauf gleich geachtet,

quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri: ut in singulas metretas, aut in singulos modios, (quos) quasve admensus eris: aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris. l. 35. §. 5. D. 18. 1. l. 8. pr. D. 18. 6.

Von diesem Falle unterscheidet sich der Lieferungsvertrag dadurch, daß beim Lieferungsvertrage die Sache nur generell bestimmt ist.

Es kann dabei von einer näheren Bestimmung der Sache oder des Kaufpreises nicht die Rede sein.

Ein derartiger Fall fällt daher unter einen wesentlich anderen Gesichtspunkt, wie die erörterten Fälle.

Hierher gehört die Verabredung

convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum mihi dares certo pretio.

Es wird gesagt:

respondit, si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emptionem puto esse, non conductionem

nämlich von dem Gesichtspunkte aus:

quoties vero et immutatur et alienatur, emptio magis, quam locatio intelligi debet. l. 65. D. 18. 1.

Wenn nun aber der Fall so liegt,

daß eine bestimmte Quantität Ziegel von bestimmter Beschaffenheit zu geben sind, ohne Rücksicht darauf, wer sie anfertigt,

so ist dies ein Fall, der nicht erörtert wird.

Denn es ist bei jenem Falle eine aus dare und facere zusammengesetzte Verpflichtung vorausgesetzt, also:

wenn die Verpflichtung dahin ging, die Ziegel anzufertigen und zu geben,

dabei konnte es zweifelhaft werden:

quod ut faceres, utrum emptio an locatio?

Ist dagegen gar keine Verpflichtung zu einem Thun übernommen, sondern einfach die Lieferung einer bestimmten Anzahl gefertigter Ziegel, gleichgültig, wer sie gemacht hat, so lag gar keine aus dare und facere zusammengesetzte Verpflichtung vor, sondern eben nur die Verpflichtung, generellbestimmte Sachen zu geben. Jener Zweifel konnte dabei nicht entstehen. Wohl aber kommt in Frage:

ob ein solcher Fall als Kauf anzusehen?

Man muß dies annehmen, weil es dabei wesentlich auf Eigenthumsübertragung abgesehen ist.

Man muß einen solchen Fall analog behandeln, wie den Kauf eines Theiles eines Ganzen, jedoch nur in dem Sinne, daß das periculum erst mit der Uebergabe übergeht. Denn im übrigen ist ein solcher Vertrag perfect.

Der Code Napoléon folgt lediglich dem Röm. Recht, indem er verordnet:

Art. 1585. Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées.

man muß also den Fall des Kaufs generellbestimmter Sachen ebenso wie im Röm. Recht behandeln, namentlich wird gesagt, daß der Vertrag in dem Sinne perfect ist, daß

l'acheteur peut en demander la delivrance.

Das O. G. B. setzt beim Tausch und Kauf vornämlich die Uebertragung individuell bestimmter Sachen voraus, und enthält keine ausdrückliche Bestimmung bezüglich der Veräußerung generell bestimmter Sachen.

Das A. L. R. erwähnt beim Kauf den Fall:

wenn die verkaufte Sache nach Maaß oder Gewicht bestimmt ist. §. 32. I. 11.

und wenn

sich der Käufer eine gewisse Zahl von Stücken aus einem Inbegriff vorbedungen hat. §. 123.

Außerdem erwähnt es als einen besonderen Vertrag den Lieferungsvertrag.

Diesen Vertrag stellt es zwar unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Verträge über Handlungen, indem es sagt: **1. 11.**

§. 981. Wer sich verpflichtet, einem Andern eine bestimmte Sache für einen gewissen Preis zu verschaffen, wird ein Lieferant genannt.

In der That aber ist der Lieferungsvertrag nichts anderes als: ein Vertrag, wodurch Eigenthum generellbestimmter Sachen gegen Geld versprochen wird.

Nach erfolgter Uebergabe steht nämlich ein solcher Vertrag dem Kauf einer Sache, wobei bestimmte Eigenschaften versprochen sind, gleich; denn durch die Uebergabe wird die Sache individuell bestimmt. Daher sagt das A. L. R.:

§. 987. Nach geleisteter Lieferung findet unter den Contrahenten alles das statt, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens ist.

Der Unterschied des Kauf= und Lieferungsvertrages liegt also nur in der Art und Weise der Verpflichtung.

Die Verpflichtung aber besteht sowohl beim Kauf= als beim Lieferungsvertrage in der Verpflichtung Eigenthum zu übertragen.

Diese Verpflichtung kann in folgender Weise verschieden sein:

1) Es verpflichtet sich Jemand, Eigenthum an einer individuell bestimmten, in seinem Eigenthum gedachten Sache zu übertragen. Dies ist unbedingt ein Kauf.

2) Diesem Falle steht entgegen:

   a) Verschaffen von Eigenthum einer individuell bestimmten Sache, die nicht im Eigenthum des Verpflichteten gedacht ist, also einer fremden Sache. Den Worten nach liegt dieser Fall auch im Begriff des §. 981. Allein für diesen Fall bestehen §. 46. 1. 5. A. L. R. besondere Vorschriften, welche nicht in Einklang zu bringen sind mit den beim Lieferungsvertrage aufgestellten Regeln. Dieser Fall ist also aus dem Begriff des §. 981. auszuschließen.

   b) Es bleibt daher für den Begriff des Lieferungsvertrages nur übrig der Fall:

      Verschaffen von Eigenthum an einer generell bestimmten, resp. an generell bestimmten Sachen.

In diesem Sinne versteht man im gemeinen Leben das Wort Lieferant, und es ist daher auch anzunehmen, daß das A. L. R. eben nur eine diesem Sinne entsprechende Begriffsbestimmung geben wollte. Unter dem Ausdruck: bestimmte Sache, im §. 981 ist daher nur eine generell bestimmte Sache zu verstehen.

Daß aber der Lieferungsvertrag unter die Verträge über Handlungen gestellt ist, hat eine zufällige Veranlassung.

An sich ist es gleichgültig, wie der Lieferant sich die zu liefernden Sachen verschafft, denn dem Erwerber kommt es nur darauf an, daß er die Sachen der Bestimmung des Vertrages gemäß erhalte. Das Wesentliche der Verpflichtung ist also auch nur:

Uebertragung von Eigenthum solcher Sachen, wie der Vertrag sie bestimmt,

Der Lieferant aber befindet sich häufig in der Lage, die zu liefernde Sache erst anschaffen zu müssen, um sie liefern zu können, sei dies nun durch eigene Arbeit oder durch Bemühung um Anschaffung der Sachen.

Darin nun liegt allerdings eine Handlung des Lieferanten. Indem man hierauf reflektirte, und außer Acht ließ, daß dem Berechtigten gegenüber nur die Uebertragung des Eigenthums das Wesentliche sei, stellte man den Lieferungsvertrag unter die Verträge über Handlungen.

Zu bemerken ist schließlich noch, daß es beim Begriff des Lieferungsvertrages gar nicht darauf ankommt, ob die zu liefernden Sachen im gewöhnlichen Verkehr als fungibel gelten oder nicht, sondern nur darauf, ob die Contrahenten die zu liefernden Sachen generell bestimmt haben. Es ist also ebenso ein Lieferungsvertrag, wenn Sachen, die gewöhnlich nicht als fungibel gelten, z. B. Pferde, Kleidungsstücke nach einer generellen Bestimmung zu liefern sind, als wenn Getreide, Mehl 2c. zu liefern ist.

4. Tausch und Wechselung.

§. 38.

Ein Vertrag, wodurch jeder Theil sich verpflichtet, Eigenthum an einer generell oder individuell bestimmten Sache zu übertragen, ist, soweit nicht ein Kauf oder Lieferungsvertrag vorliegt, ein Tauschvertrag.

Ausgehend von der Betrachtung, daß in der geschichtlichen Entwickelung des Rechts der Tausch eine ältere Weise des Verkehrs sei als der Kauf:

Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat. l. 1. pr. D. 18. 1.

stellte man in Frage, ob, nachdem der Begriff des Kaufs festgestellt worden, der Tausch unter diesen Begriff gestellt werden könne:

sed an sine nummis venditio dici hodie possit dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem.

Sabinus et Cassius esse emptionem putant. l. 1. §. 1. D. l. c.

vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis et venditionis vetustissimam esse. §. 2. J. 3. 24.

Dagegen wird richtig bemerkt, der Tausch als etwas generelleres falle nicht unter den spezielleren Begriff des Kaufs.

Nerva et Proculos non emptionem esse, sed verior est Nervae et Proculi sententia. l. 1. §. 1. D. 18. 1.

Sed Proculi sententia dicentis, propriam esse speciem contractus, a venditione separatam praevaluit. §. 2. J. 3. 24.

non placet permutationem rerum emptionem esse. l. 5. §. 1. D. 19. 5.

emptionem rebus fieri non posse, pridem placuit. l. 7. C. 4. 64.

Der Begriff des Tausches wird übereinstimmend dahin angegeben:

im Röm. Recht:

sin autem rem do, ut rem accipiam. l. 5. §. 1. D. 19. 5.

im A. L. R. 1. 11.:

§. 363. Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch ein Contrahent gegen den andern zur Abtretung des Eigenthums einer Sache, gegen Ueberlassung einer andern, sich verpflichtet.

im O. G. B.:

§. 1045. Der Tausch ist ein Vertrag, wodurch eine Sache gegen eine andere Sache überlassen wird.

im Code Napoléon:

art. 1702. L'échange est un contrât par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre.

Unter den Begriff des Tausches gehört auch der Fall wenn von beiden Theilen generell bestimmte Sachen, z. B.:

frumenti certam modiationem gegen olei designatum pondus. l. 7. C. 4. 64.

versprochen wurde, namentlich von beiden Theilen Geld, d. h. die Wechselung.

Es wird letzterer Fall erwähnt im A. L. R. mit den Worten 1. 11.:

§. 373. Wenn Geld gegen Geld gewechselt wird, so treten die Gesetze von Zahlungen ein.

d. h. soweit es sich um die Erfüllung handelt, dagegen ist nicht gesagt, daß der Vertrag nicht als Tauschvertrag gelte.

Dagegen sagt das O. G. B.:

§ 1046. Das Geld ist kein Gegenstand des Tauschvertrages, doch lassen sich Gold und Silber als eine Waare und selbst Münzsorten insoweit vertauschen, als sie nur gegen andre Münzsorten, goldene nämlich gegen silberne, kleinere gegen größere Stücke, verwechselt werden sollen.

Diese Bestimmungen sind nicht klar. Der ihnen zu Grunde liegende Gedanken aber dürfte der sein:

Bei der Wechselung von Geld bleiben diejenigen Bestimmungen ausgeschlossen, welche beim Tausch von Sachen darauf beruhen, daß es sich um Veräußerung von Sachen handelt.

namentlich also die Bestimmung des A. L. R. 1. 11.:

§. 364. Bei dem Tausch ist jeder Contrahent in Ansehung der Sache, die er giebt, als Verkäufer, und in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten.

resp. die hieraus folgenden Bestimmungen über Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums in der Substanz, Qualität und im Werth der Sache.

5. Leihe.

§. 39.

Der Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, das Gebrauchsrecht einer individuell bestimmten Sache während einer bestimmten Zeit unentgeltlich dem andern Contrahenten zu überlassen, ist ein Leihvertrag.

Das Röm. Recht sagt:

res utenda datur. §. 2. J. 3. 15.

uti re commodata. l. 1. §. 3. D. 43. 26.

und zwar als individuell bestimmte, daher

is, cui rem commodamus, de ea ipsa re, quam acceperit, restituenda tenetur. l. 1. §. 3. D. 44. 7.

ut eosdem mihi redderes. l. 26. D. 19. 5.

und

non potest commodari id, quod usu consumitur. l. 3. §. .6 D. 13. 6.

Ursprünglich war das Commodat wohl auf bewegliche Sachen bsschränkt. Es heißt:

Ait praetor, quod quis commodasse dicetur, de eo judicium dabo. l. 1. pr. D. 13. 6.

und das Wort commodare wird dahin erläutert:

Inter commodatum et utendum datum Labeo qui-

dem ait, tantum interesse, quantum inter genus et speciem; Commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendum dari etiam soli.

Demnächst aber wurde der Begriff des Commodats auch auf unbewegliche Sachen ausgedehnt:

sed ut apparet, proprie commodata res dicitur, et quae soli est; idque Cassius existimat. l. 1. §. 1. D. l. c.

namentlich auch auf den Gebrauch einer Wohnung:

Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait. l. c.

jedoch meinte man bezüglich des letzteren Falles:

sed est tutius, praescriptis verbis agere. l. 17. pr. D. 19. 5.

Den Umfang und die Dauer des Gebrauchsrechts bestimmt der Vertrag:

modum commodati finemque praescribere ejus est, qui beneficium tribuit. l. 17. §. 3. D. 13. 6. (nämlich so lange noch keine obligatio suscepta est inter dandum accipiendumque.)

Zum Begriff des Commodats gehörte Unentgeltlichkeit.

gratuitum debet esse commodatum. §. 2. J. 3. 15.

Das A. L. R. sagt in entsprechender Weise Th. 1. Tit. 21.:

§. 229. Wird eine Sache Jemandem blos zum Gebrauche unter der Bedingung, daß eben dieselbe Sache zurückgegeben werde, unentgeltlich eingeräumt, so ist ein Leihvertrag vorhanden.

§. 230. Es gehört zum Wesen dieses Vertrages, daß die Zeit der Rückgabe entweder in sich selbst oder durch die Art, oder den Zweck des eingeräumten Gebrauchs bestimmt sei.

Auch unbewegliche Sachen können Gegenstand des Leihvertrages sein. §. 233.

Das O. G. B. sagt:

§. 971. Wenn Jemandem eine unverbrauchbare Sache blos zum unentgeltlichen Gebrauch auf eine bestimmte Zeit übergeben wird, so entsteht ein Leihvertrag.

Auch fällt unter den Begriff des Leihvertrages

wenn keine Zeit zur Zurückgabe festgesetzt, wohl aber die Absicht des Gebrauchs bestimmt worden ist. §. 973.

Der Code Napoléon sagt:

art. 1875. Le prêt à usage ou commodat est un contrât, par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre, pour s'en servir, à la charge, de la rendre après s'en être servi.

art. 1878. Tout ce qui est dans le commerce, et qui ne se consomme pas par l'usage, peut être l'objêt de cette convention.

Der usage ist déterminé par sa nature ou par la convention. art. 1880., namentlich bestimmt sich das Ende des Gebrauchs nach dem terme convenu oder à défaut de convention nach dem usage, pour lequel elle a été empruntée. art. 1888.

6. Pacht und Miethe.

§. 40.

Der Vertrag, wodurch sich der eine Theil verpflichtet, von bestimmter Zeit bis zu bestimmter Zeit oder bis auf Kündigung ein bestimmtes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht an einer individuell bestimmten Sache zu übertragen und der andere Theil eine nach der Dauer des Verhältnisses bestimmte Geldsumme zu zahlen, ist ein Pacht- oder Miethvertrag.

1. Die Verpflichtung des Vermiethers.

a. Es wird ein bestimmtes Gebrauchs- oder Nutzungsrecht übertragen. Daher sagt das Röm. Recht:

frui licere. l. 9. pr. D. 19. 2.
ut mihi frui liceat. l. 33. pr. l. c.
si rem utendam dederit. §. 2. J. 3. 25.

und zwar nach näherer Bestimmung des Vertrages lege conductionis l. 15. §. 1. D. 19. 2., fides contractus l. 19. C. 4. 65.

Das A. L. R stellt den Mieth- und Pachtvertrag unter die eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte, und sagt:

zum Gebrauch, zur Nutzung. §. 258. 259. 1. 21.

das O. G. B.:

Gebrauch. §. 1090.

der Code Napoléon:

faire jouir. art. 1709.

b. Die Sache muß eine individuell bestimmte sein, d. h. es bleibt die gegebene Sache im Eigenthum des Vermiethers, und sie selbst muß nach beendetem Pacht- und Miethverhältniß zurückgegeben werden.

Daher sagt das Röm. Recht:

non solet locatio dominium mutare. l. 39. D. 19. 2.

und

qui ex conducto possidet, quamvis corporaliter teneat, non tamen sibi, sed domino rei creditur possidere. l. 1. C. 7. 30.

Findet eine Eigenthumsübertragung statt, z. B. bei Pachtung

eines fundus, wenn aestimatum instrumentum colonus accipiat, so liegt ein Kaufvertrag vor,

id agi, ut instrumentum emptum habeat colonus. l. 3. D. 19. 2.

Das A. L. R. sagt:

eine Sache ... unter der Bedingung, daß eben dieselbe Sache zurückgegeben werde. §. 229. 258. I. 21.

Das O. G. B.:

Der Gebrauch einer unverbrauchbaren Sache. §. 1090.

Der Code Napoléon geht von gleicher Voraussetzung aus, und sagt ausdrücklich beim bail à cheptel:

l'estimation n'en transporte pas la propriété. art. 1805. 1822.

Bezüglich der Zeit, so ist dieselbe

a. entweder durchaus bestimmt:

Röm. Recht:

ad certum tempus. l. 14. pr. D. 19. 2.

A. L. R.:

im Vertrage bestimmt. §. 324. I. 21.

O. G. B.:

ausdrücklich oder stillschweigend bedungen. §. 1113.

C. N.

terme fixé. art. 1737.

b. Oder der Anfang ist bestimmt und der Vertrag steht auf Kündigung. Von diesem Gesichtspunkt aus ist im Röm. Recht der Begriff des Pachtvertrages ausgeschlossen, wenn der Gebrauch für immer (perpetuo) übertragen ist. §. 3. J. 3. 25. Das A. L. R., das O. G. B. und der C. N. lassen Kündigung zu:

Das A. L. R. wenn:

im Contracte die Dauer der Pacht oder Miethszeit gar nicht bestimmt ist. §. 340. I. 21.

Das O. G. B.:

insofern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist. §. 1116.

Der Code Nap. erwähnt den Fall der Kündigung (congé):

si le bail a été fait sans écrit. art. 1736.

2. Die Verpflichtung des Miethers, Pächters.

Zum Begriff des Vertrages fordert das Röm. Recht:

pecunia, merces. l. 2. pr. D. 19. 2. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

Das A. L. R.:

ein bestimmter Preis, §. 258. I. 21.

ein bestimmter Zins, §. 259.

in baarem Gelde, §. 262. 263.

Das O. G. B.:

ein bestimmter Preis, §. 1090.

Mieth- und Pachtzins,

zu entrichten

wie das Kaufgeld, §. 1092.

Der Code Napoléon sagt:

moyennent un certain prix que celle-ci s'oblige de payer. art. 1709.

Anstatt Geldes kann jedoch auch eine bestimmte Quantität von Früchten versprochen werden, so im Röm. Recht:

si olei certa ponderatione fructus anni locasti. l. 21. C. 4. 65.

im A. L. R.:

eine in sich bestimmte Quantität von Früchten. §. 264. I. 21.

Das O. G. B. sagt ganz allgemein:

Der Mieth- und Pachtzins wird, wenn keine andere Uebereinkunft getroffen ist, wie das Kaufgeld entrichtet, §. 1092.

und nur der Fall ist ausgeschlossen:

wenn ein auf die ganze Nutzung sich beziehender Theil der Früchte zu geben ist. §. 1103.

Der Code Napoléon bezeichnet als eine besondere Art des Pachtvertrages auch den Fall, wenn der Pächter

cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur. art. 1763.

Es muß aber der Pachtzins nicht blos bestimmt sein, sondern er muß auch nach der Dauer des Pachtverhältnisses bestimmt sein. Dies ist immer der Fall, wenn für eine bestimmte Pachtzeit ein bestimmter Pachtzins festgesetzt ist, es würde dies aber nicht der Fall sein, wenn die Pachtzeit unbestimmt wäre, und nur Ein Pachtzins im Ganzen, also nicht für einzelne Zeitabschnitte bestimmt wäre. In diesem Falle läge dem Pächter eine ganz bestimmte Verpflichtung ob, das Recht des Pächters aber wäre ein ganz unbestimmtes, da es jederzeit durch Kündigung beendet werden könnte. Keins der Gesetzbücher hat an einen solchen Fall gedacht, und man wird annehmen müssen:

Wenn die Pachtzeit unbestimmt ist, so muß wenigstens nach bestimmten Zeitabschnitten der Pachtzins bestimmt sein, widrigenfalls ein Pachtvertrag nicht vorliegt.

Ob aber ein derartiger Vertrag überhaupt gültig ist, das muß nach allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden. Man wird im Allgemeinen annehmen müssen, ein solcher Vertrag ist gültig, wenn die Absicht der Contrahenten wirklich dahin ging, einen solchen Vertrag zu schließen, ein solcher Vertrag aber ist ungültig, wenn die Absicht der Contrahenten dahin ging, einen Pachtvertrag zu schließen.

§. 41.

Je nachdem nur das Recht des Gebrauchs der Sache selbst oder auch das Recht auf die während der Pachtzeit aus der Sache zu gewinnenden natürlichen Nutzungen übertragen ist, ist der Vertrag ein Mieth- oder Pachtvertrag.

Ob das eine oder andere der Fall ist, das ist im Zweifel durch Interpretation festzustellen.

Handelt es sich um ein Grundstück, so wird namentlich entscheidend sein, ob es auf den Gebrauch einer bestimmten Räumlichkeit oder den Gewinn der aus dem Grundstück zu erzielenden natürlichen Produkte abgesehen ist. Ersteres ist namentlich bei Häusern der Fall.

Das Röm. Recht bezeichnet den Miether als inquilinus, den Pächter eines ager als colonus. l. 37. D. 41. 2.

Das A. L. R. unterscheidet den Mieth- und Pachtvertrag je nachdem

der Gebrauch der Sache, §. 258. 1. 21.

oder

der Gebrauch und die Nutzung, §. 259.

überlassen ist.

Das O. G. B. unterscheidet:

ob sich die Sache ohne weitere Bearbeitung gebrauchen läßt oder nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden kann. §. 1091.

In den meisten Fällen wird zwar zur Gewinnung der natürlichen Produkte Fleiß und Mühe erforderlich sein, und ebenso wenn es nur auf den Gebrauch der Sache abgesehen ist, eine weitere Bearbeitung nicht nöthig sein, allein es sind dies jedenfalls nur Folgen des eingeräumten Rechts, und es ist angemessener, anstatt nach diesen Folgen nach der Verschiedenartigkeit des Rechts selbst zu unterscheiden.

Der Code Napoléon unterscheidet art. 1711.:

1) bail à loyer, le louage des maisons et celui des meubles (d. h. nicht allgemein biens meubles sondern meubles im Sinne des art. 533.
2) bail à ferme, celui des héritages ruraux (wo es also auf Nutzung abgesehen ist).
3) bail à cheptil, celui des animaux, dont le profit se partage entre le propriétaire et celui à qu'il les confie (wo es also auch auf Nutzung abgesehen ist).

7. Darlehn.

§. 42.

Der Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, dem andern Contrahenten eine bestimmte Quantität generell bestimmter Sachen zum Eigenthum zu übertragen, mit der Verpflichtung für den Empfänger, nach bestimmter Zeit oder nach Kündigung eine gleiche Quantität Sachen derselben Art dem Geber zum Eigenthum zu übertragen, ist ein Darlehnsvertrag.

Es handelt sich beim Darlehnsvertrage um den Gebrauch generell bestimmter Sachen auf Zeit. Dies geschieht dadurch, daß eine bestimmte Quantität Sachen bestimmter Art gegeben und zurückgegeben wird. Der Empfänger hat während der dadurch bestimmten Zeit den Gebrauch der Sachen, und zwar gleich einem Eigenthümer. Daß aber der Darleiher nicht sein Eigenthum gänzlich aufgeben wollte, kommt dadurch zur Erscheinung, daß der Empfänger verpflichtet ist, eine dem Empfangenen gleiche Quantität Sachen derselben Art zurückzugeben.

Die Uebertragung von Eigenthum an den einzelnen individuellen Sachen ist also nur ein Mittel, eine Form, um den eigentlichen Zweck, die Uebertragung von Gebrauchsrecht an generell bestimmten Sachen, möglich zu machen. Worauf es wesentlich ankommt, das ist die Quantität der Sachen. Daher sagt das Röm. Recht vom Gelde:

usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate. l. 1. pr. D. 18. 1.

in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem. l. 94. §. 1. D. 46. 3.

und allgemein

in genere functionem recipiunt nicht in specie. l. 2. §. 1. D. 12. 1.

Sachen, welche eine derartige Bestimmung nicht zulassen, können also auch kein Gegenstand des Darlehnsvertrages sein, also nicht Grundstücke, weil sie durch ihre bestimmte Lage immer individuell bestimmt sind.

Die Gesetzbücher gehen aber noch weiter. Sie nehmen an, daß nur solche Sachen, welche im gewöhnlichen Verkehr generell bestimmt zu werden pflegen, Gegenstand eines Darlehnsvertrages sein können. Das Röm. Recht spricht daher von Sachen:

quae pondere, numero, mensura consistunt, veluti vino, frumento, pecunia numerata. l. 2. §. D. 1. 12. 1. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

Das A. L. R. beschränkt den eigentlichen Darlehnsvertrag auf
gangbares ausgemünztes Geld oder geldwerthe an jeden Inhaber zahlbare Instrumente. §. 653. 1. 11.

beim uneigentlichen Darlehn fordert es zwar nur, daß
Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit, in eben der Quantität und Qualität, §. 853.

wie die gegebene, zurückgegeben werden, so daß den Worten nach und selbst nach Suarez Absicht (Koch, III. 262.) auch Sachen, welche im gewöhnlichen Verkehr individuell in Betracht kommen, Gegenstand des Darlehns sein können, wenn die Contrahenten ungewöhnlicher Weise die Rückerstattung nur generell, d. h. in Sachen gleicher Beschaffenheit, bestimmt haben. Vornämlich hat man aber an den Fall gedacht, wenn Sachen, die im gewöhnlichen Verkehr als verbrauchbar gelten, d. h.
welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren. §. 120 1. 2.

zum Verbrauch gegeben werden.

Das O. G. B. nennt nur:
Geld oder andere verbrauchbare Sachen, §. 983. 984. 992., d. h. Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder Verzehrung den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren, §. 301.

es hat also nur Sachen im Auge, welche im gewöhnlichen Verkehr generell bestimmt zu werden pflegen.

Der Code Napoléon nennt nur Sachen:
qui se consomment par l'usage, art. 1892.

das heißt nach der gewöhnlichen Weise ihres Gebrauchs; er sagt dann ausdrücklich:
art. 1894. On ne peut pas donner à titre de prêt de consommation des choses qui, quoique de même espèce, different dans l'individu, comme les animaux.

Der Zusatz:
alors c'est un prêt à usage,

ist jedoch nur dann richtig, wenn wirklich dieselben Individuen zurückgegeben werden sollen. Ist ausdrücklich verabredet, daß nicht dieselben Individuen, sondern nur Sachen gleicher Art zurückzugeben sind, z. B. eine bestimmte Art Vieh von derselben Beschaffenheit, wie das gegebene, so ist der Vertrag kein prêt à usage.

Zum Begriff des Darlehns gehört also:
1) Uebertragung von Eigenthum an Sachen, mit der Verpflichtung, Sachen gleicher Art in gleicher Quantität zurückzugeben.

So sagt das Röm. Recht:
res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis (et eadem bonitate, l. 3. D. 12. 1.) et qualitatis. l. 1. §. 1. D. 44 7.

Das A. L. R.:

unter bedungener Wiedererstattung in gleicher Qualität und Quantität, §. 653. 1. 11., mit der Bedingung, daß eben so viele Sachen von gleicher Art und Beschaffenheit zurückgegeben werden sollen, §. 853, in eben der Quantität und Qualität, wie er sie erhalten, §. 854.

Das O. G. B.:

unter der Bedingung, daß er eben so viel von derselben Gattung und Güte zurückgeben soll. §. 983.

Der Code Napoléon:

à la charge de lui rendre autant de même espèce et qualité. art. 1892.

en même qualité et quantité. art. 1897. 1902.

Es liegt also kein Darlehnsvertrag vor, wenn Sachen anderer Art zurückzugeben sind. Soll mehr zurückgegeben werden, so ist wenigstens bezüglich des Mehreren kein Darlehnsvertrag vorhanden:

Si tibi decem dem, et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem; re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit. l. 17. pr. D. 2. 14.

amplius, quam decem condici non posse. l. 11. §. 1. D. 12. 1.

Das A. L. R. enthält bezüglich des Vorausabziehens der Zinsen die Bestimmung, daß

das Abgezogene von der Kapitalsumme abgerechnet und der Gläubiger nur auf das, was er wirklich gegeben hat, Rückzahlung fordern kann. §. 816. 1. 11.

Eine Ausnahme enthält:

§. 817. Hat der Gläubiger sich mit einem geringeren als dem ihm erlaubten höchsten Zinssatze sich begnügt, so kann er die Zinsen, jedoch nicht für längere Zeit als ein Jahr, im Voraus abziehen.

Das O. G. B. bestimmt ähnlich:

Vorhinein können Zinsen höchstens auf ein halbes Jahr abgezogen werden.

Die über dieses Maaß vorhinein abgezogenen Zinsen sind vom Tage des Abzuges an vom Kapitale abzurechnen. §. 997.

Der Code Napoléon sagt:

art. 1895. L'obligation, qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrât;

und bezüglich der lingots et denrées:

le débiteur doit toujours rendre la même quantité et qualité, et ne doit rendre que cela. art. 1897.

2) Die Zeit der Rückzahlung ist entweder bestimmt:
im Röm. Recht:

dictum, quo tempore redderetur. l. 22. D. 12. 1.

im A. L. R.

zur bestimmten Zeit. §. 757. I. 11.

im O. G. B.:

nach einer gewissen Zeit. §. 983.

im Code Napoléon:

au terme convenu. art. 1902.

oder unbestimmt.

Ist die Zeit nicht bestimmt, so findet Rückforderung zu jeder Zeit statt, jedoch mit der Maaßgabe, daß nach Röm. Recht der allgemeine Grundsatz zur Anwendung kommt:

debitoribus petentibus non tantum dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat — tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videtur. l. 31. D. 42. 1.

nach dem A. L. R. eine gesetzlich bestimmte Frist eintritt. §. 761 sq. I. 11. und im Code Napoléon der Grundsatz gilt:

art. 1900. S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances.

§. 43.

Der Begriff des Darlehnsvertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß als Gegenleistung Zinsen versprochen werden.

Nach der Ansicht des Röm. Rechts war die obligatio ex mutuo eine wesentlich einseitige. Ein dem Darlehn beigefügtes Zinsversprechen galt, wenn es sich um ein Gelddarlehn handelte, als ein für sich bestehender Vertrag, zu dessen Gültigkeit also die Form der Stipulatio erfordert wurde:

pecuniae quidem creditae usuras, nisi in stipulationem deductas, non deberi. l. 24. D. 19. 5.

usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possunt. l. 3. C. 4. 32.

nec enim, si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt. l. 7. eod.

Bei Darleihung anderer Sachen war jedoch das Zinsversprechen als pactum adjectum gültig:

frumenti vel hordei mutuo dati accessio, etiam ex nudo pacto praestanda est. l. 12. l. c.

Oleo quidem vel quibuscunque fructibus mutuo datis,

incerti pretii ratio additamenta usurarum ejusdem materiae suasit admitti. l. 23. C. 4. 32.

Nach den Ansichten der neueren Gesetzbücher wird der Begriff des Darlehns dadurch nicht ausgeschlossen, daß als Gegenleistung Zinsen versprochen werden. §. 803. I. 11. A. L. R. §. 984. O. G. B. art. 1905. C. N.

Der Begriff der Zinsen und somit auch der Begriff des Darlehnsvertrages wird dahin angegeben:

Im Röm. Recht waren beim Gelddarlehn usurae nur in Geld möglich. War also z. B. bestimmt:

ut vice usurarum (domum) inhabitaret. l. 14. C. 4. 32.

so galt diese Verabredung nicht als Zinsversprechen, unterlag also nicht den Gesetzen über die Zinsen. Bei der Darleihung anderer Sachen konnten die Zinsen ejusdem materiae sein, l. 23. C. 4. 32., ob sie auch in Geld bestehen konnten, ist nicht gesagt.

Das A. L. R. sagt ganz allgemein I. 11.

§. 803. Zinsen heißt, bei Darlehnen, alles das, was der Schuldner dem Gläubiger für den Gebrauch des geliehenen Geldes entrichten muß.

Den Worten nach wäre also jeder Vertrag, wodurch von der einen Seite ein Darlehn gegeben, von der andern Seite aber jedes beliebige Versprechen geleistet wird, ein zinsbares Darlehn, also z. B. auch wenn das Eigenthum eines Grundstücks gegen Empfang eines Darlehns übertragen wird. So ist die Sache nicht gemeint. Man hat mit Rücksicht auf die Zinsbeschränkungen eigentlich sagen wollen:

§. 810. Jeder Gewinn und Vortheil, den sich der Gläubiger von dem Schuldner für das Darlehn bedingt, hat die Natur der Zinsen.

das heißt:

§. 811. Es muß also auch bei der Bestimmung, wieviel Zinsen der Gläubiger von dem Schuldner fordern könne, jeder dergleichen Gewinn mit in Anschlag gebracht werden.

Dagegen lag es wohl nicht in der Absicht, jeden Vertrag, durch welchen von der einen Seite ein Darlehn versprochen wird, in jeder Beziehung unter den Begriff des Darlehnsvertrages, resp. des zinsbaren Darlehnsvertrages zu stellen.

Soviel wenigstens ergiebt sich mit Gewißheit, daß unter Zinsen im engeren Sinne nur Zinsen in Geld, oder bei uneigentlichen Darlehnen Zinsen in Geld oder in Sachen der dargeliehenen Art gemeint sind. Denn es heißt:

§. 812. Hat der Gläubiger statt der Zinsen oder noch über dieselben sich die Lieferung gewisser Naturalien oder anderer Sachen, oder die Leistung gewisser Arbeiten und Dienste vorbedungen, so sind auch diese bei Berechnung des erlaubten Zinssatzes mit in Anschlag zu bringen.

und bei uneigentlichen Darlehnen:

§. 855. Auch bei uneigentlichen Darlehnen kann statt der Zinsen eine bestimmte Quantität Sachen von der vorgeliehenen Art bedungen werden (nämlich als Zinsen).

und demnächst:

§. 857. Sind die Zinsen solcher uneigentlichen Darlehne in Gelde bedungen 2c.

Man wird daher annehmen müssen:

ein zinsbares Darlehn liegt nur dann vor, wenn die Zinsen in Sachen der geliehenen Art oder in Geld bedungen sind.

Der Beurtheilung, ob die Zinsgesetze überschritten sind, unterliegt jedoch jedes Gegenversprechen gegen ein Darlehn.

Das O. G. B. sagt nur:

§. 999. Zinsen von Gelddarleihen sind in der nämlichen Währung (Valuta) wie das Kapital selbst zu entrichten.

Wie die Zinsen anderer Darlehne zu entrichten, das sagt es nicht ausdrücklich, es setzt aber wohl jedenfalls voraus, daß sie in Sachen der gegebenen Art oder in Gelde bestehen müssen. Demnächst enthält es noch die Bestimmung:

§. 996. Wenn außer der Bestimmung des Orts und der Zeit der Zahlung des Kapitals und der Zinsen dem Darleiher unter was immer für einer Gestalt und Benennung noch andere Nebenschuldigkeiten, oder wenn für sich oder für Andere Nebenvortheile bedungen worden, so sind sie, insofern dabei im Ganzen das Maaß der erlaubten Vertragszinsen überschritten wird, ungültig.

und

§. 993. Wenn sich der Darleiher bei was immer für einem Darleihen in Rücksicht auf die Gattung, Güte oder Menge ausdrücklich oder stillschweigend mehr bedingt, als er gegeben hat, so kann der Vertrag nur insofern bestehen, als dabei die erlaubten Vertragszinsen nicht überschritten werden.

Diese Bestimmung erweitert also nicht den Begriff des Darlehnsvertrages resp. Zinsenvertrages, sondern hat nur den Zweck, wucherliche Geschäfte zu verhindern.

Der Code Napoléon sagt:

art. 1905. Il est permis (nämlich ohne den Begriff des Darlehns aufzuheben) de stipuler des intérêts pour simple prêt, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières.

Es ist wohl auch im Code Napoléon vorausgesetzt, daß die Zinsen in Sachen der gegebenen Art oder in Gelde bestehen können.

8. Vollmacht.

§. 44.

Der Vertrag, wodurch sich der eine Contrahent verpflichtet, im Namen des andern Contrahenten ein rechtliches Geschäft vorzunehmen, ist ein Vollmachtsvertrag.

Im Röm. Recht ist der Vollmachtsvertrag kein besonderer Vertrag, sondern der Fall der juristischen Stellvertretung;

si tibi mandem, ut negotia mea geras, ut fundum mihi emeres, ut pro me fidejubeas. l. 2. §. 1. D. 17. 1.

fiel unter den allgemeinen Gesichtspunkt des facere (Mandats). Die neueren Gesetzbücher haben den Vollmachtsvertrag als einen besonderen Vertrag von den Verträgen über Handlungen abgesondert.

Daher sagt das A. L. R. I. 13.

§. 5. Die Willenserklärung, wodurch einer dem Andern das Recht ertheilt, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, wird Auftrag oder Vollmacht genannt.

Daß dabei nur an den Fall der juristischen Stellvertretung gedacht ist, ergiebt die Unterstellung des Vollmachtsvertrages unter den allgemeinen Gesichtspunkt von Erwerbung des Eigenthums der Rechte und Sachen durch einen Dritten, die Zusammenstellung mit den anderweiten Fällen der juristischen Stellvertretung, die Worte: das Recht, ein Geschäft für ihn und statt seiner zu betreiben, und endlich der ganze Inhalt des 13. Titels.

Das O. G. B. sagt in entsprechender Weise:

§. 1002. Der Vertrag, wodurch Jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Namen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.

und der Code Napoléon:

art. 1984. Le mandat ou la procuration est un acte, par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom.

§. 45.

Der Vollmachts-Auftrag kann unentgeltlich oder gegen Entgelt übernommen werden.

Nach Römischem Recht war nur der unentgeltliche Vollmachtsauftrag ein Mandat:

mandatum nisi gratuitum nullum est. l. 1. §. 4. D. 17. 1.

jedoch mit der Maaßgabe, daß auch dann noch ein Mandat vorlag:

si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio. l. 6. l. c.

War dagegen ein Entgelt verabredet, so fiel der Vertrag, wenn die Gegenleistung in Geld bestand, unter den Begriff der locatio conductio:

quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati contrahitur negotium, iis casibus, interveniente mercede, conductio intelligitur contrahi. §. 13. J. 3. 27.

wenn eine anderweite Gegenleistung versprochen war, unter die Innominalkontrakte.

Das A. L. R. erwähnt den Fall, wenn der Auftrag gegen Belohnung übernommen ist. §. 56. 1. 13.

Das O. G. B. sagt:

Wird für die Besorgung des Geschäfts eine Belohnung bedungen, so gehört der Vertrag zu den entgeltlichen, außerdem zu den unentgeltlichen. §. 1004.

und der Code Napoléon:

Art. 1986. Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire,

7. Verwahrung.

§. 46.

Der Vertrag, wodurch der eine Kontrahent sich verpflichtet, eine individuell bestimmte bewegliche Sache zu verwahren, ist ein Verwahrungsvertrag.

Die Sache muß individuell bestimmt sein, daher sagt das Römische Recht;

de ea re, quam acceperit, restituenda tenetur. l. 1. §. 5. D. 44. 7.

Das A. L. R. 1 14.:

unter der Verbindlichkeit, die Sache künftig zurückzugeben. §. 9.

Das O. G. B.:

die ihm anvertraute Sache dem Hinterleger zurückzustellen. §. 961.

Der Code Napoléon:

à la charge, de la restituer en nature. Art. 1915.

Art. 1932. Le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue.

Die Sache muß beweglich sein.

Das Römische Recht sagt:

dictum ex eo, quod ponitur. l. 1. pr. D. 16. 3.

was also nur auf bewegliche Sachen geht.

Das A. L. R.:

§. 90. In Fällen, wo eine unbewegliche Sache Jemandem

zur Obhut anvertraut worden, finden obige Gesetze (d. h. die die Regeln vom Verwahrungsvertrage) ebenfalls Anwendung.

und das O. G. B.:

§. 960. Es können bewegliche und unbewegliche Sachen in Obsorge gegeben werden.

Der Code Napoléon dagegen sagt:

Art, 1918. Il (le depôt proprement dit) ne peut avoir pour objet que des choses mobilières.

Die Verpflichtung des Verwahrers besteht in der custodia, daher sagt das Römische Recht:

depositum est, quod custodiendum datum est. l. 1. pr. 16. 3.

Das A. L. R.:

unter der Verbindlichkeit, daß er die Sache aufbehalten, verwahren solle. §. 9. 11. l. c.

Das O. G. B.:

Wenn Jemand eine fremde Sache in seine Obsorge übernimmt, so entsteht ein Verwahrungsvertrag. §. 957.

Der Uebernehmer ist bloßer Inhaber mit der Pflicht, die ihm anvertraute Sache vor Schaden zu sichern. §. 958.

Der Code Napoléon sagt:

à la charge de la garder. Art. 1915.

§. 47.

Der Verwahrungsvertrag kann unentgeltlich und entgeltlich geschlossen werden.

Im Römischen Recht war nur der unentgeltliche Verwahrungsvertrag ein Depositum:

si quidem nullam mercedem acceperit, depositi eum teneri l. 1. §. 8. D. 16 3.

Der entgeltliche Verwahrungsvertrag war locatio conductio resp. Innominatkontrakt:

quodsi accepit, ex conducto, l. c.

quibus casibus sine mercede suscepto officio depositi contrahitur negotium, iis casibus, interveniente mercede, locatio et conductio intelligitur contrahi. §. 13. J. 3. 27.

Das A. L. R. stellt den Fall:

wo die Verwahrung gegen Entgelt übernommen. §. 17. 1. 14.

unter den Begriff des Verwahrungsvertrages.

Ebenso das O. G. B., indem es bestimmt:

§. 969. Ein Lohn kann für die Aufbewahrung der Sache nur dann gefordert werden, wenn er ausdrücklich oder nach

dem Stande des Aufbewahrers stillschweigend bedungen worden ist.

Der Code Napoléon sagt zwar:

Art. 1917. Le dépôt proprement dit est un contrât essentiellement gratuit.

allein es wird doch auch der Fall hervorgehoben:

si le dépositaire à stipulé un salaire pour la garde du dépôt. Art. 1928.

und zwar ohne dabei den Begriff des depôt auszuschließen.

8. Lohnvertrag.

§. 48.

Der Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, andere Handlungen als die in den vorstehenden §§. bezeichneten gegen Geld zu leisten, ist ein Lohnvertrag.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts ist jeder Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, Handlungen gegen Geld zu leisten, locatio conductio, namentlich also auch, wenn die Verpflichtung in der Verpflichtung zur custodia, zur juristischen Stellvertretung besteht.

quoties autem faciendum aliquid datur, locatio est. l. 22. §. 1. D. 19. 2.

at cum do, ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, pecunia data locatio erit. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

Et (ut generaliter dixerimus) quibus casibus, sine mercede suscepto officio, mandati aut depositi contrahitur negotium, iis casibus interveniente mercede locatio et conductio intelligitur contrahi. §. 13. J. 3. 27.

Besteht die Gegenleistung in etwas Anderem als Geld, so liegt ein Innominatkontrakt vor, also ebensowohl:

cum do (si res), ut facias. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

als:

si facio, ut facias. l. 5. §. 4. l. c.

und beispielsweise:

si operae cum custodia pensabantur. l. 1. §. 9. D. 16. 3.

Der Fall:

si facio, ut des

galt nicht als Vertrag (nulla erit civilis actio. l. 5. §. 3. D. 19. 5.).

Hatte sich Jemand zu unentgeltlicher Leistung von Handlungen verpflichtet, so war der Vertrag ein Mandatum, z. B.

si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim. l. 22. l. c.

si quis mihi mandaverit, in meo aliquid facere. l. 16. D. 17. 1.

Die neueren Gesetzbücher enthalten eine andere Auffassungsweise:

1) In Folge der beschränkten Begriffsbestimmung des Vollmachtsvertrages scheidet die Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung thatsächlicher Handlungen von dem Begriff des Vollmachts-Vertrages aus, und es giebt keineswegs, wie Koch meint, nach dem Landrecht zweierlei Mandatskontrakte, nämlich Vollmachtsaufträge und andere Aufträge. III. 452.

Keines der neueren Gesetzbücher aber enthält spezielle Bestimmungen bezüglich dieser Art von Verträgen. Der Grund davon dürfte darin liegen, daß man übersah, es fehle in Folge der beschränkteren Begriffsbestimmung des Vollmachtsvertrages an bezüglichen Bestimmungen.

Die Verordnung des A. L. R. 1. 11.:

§. 872. Ist gar keine Vergütung bestimmt, so ist der Vertrag ohne rechtliche Wirkung, und es kann auf dessen Erfüllung nicht geklagt werden.

hat nicht den Sinn:

Verträge, wodurch sich Jemand zur unentgeltlichen Leistung von Handlungen verpflichtet, sind ungültig.

sondern sie ist nur dahin zu verstehen:

Wenn die Absicht der Kontrahenten auf einen entgeltlichen Vertrag gerichtet ist, aber bezüglich der Vergütung nichts bestimmt ist, so kann nicht auf Erfüllung geklagt werden.

Dies ergiebt namentlich der folgende Paragraph, welcher die Vergütung bestimmt, sofern die Handlung geleistet worden ist.

2) In Folge der Ausdehnung des Begriffs des Verwahrungs- und Vollmachtsauftrages auf den Fall der Entgeltlichkeit scheiden der entgeltliche Verwahrungs- und Vollmachtsauftrag von dem Begriff des Lohnvertrages aus.

3) Das A. L. R. stellt ferner als eine besondere Art von Verträgen auf:

die Verwaltung fremder Sachen und Güter. §. 109. 1. 14.

4) Demnächst enthält das A. L. R. allgemeine Grundsätze bezüglich der:

Verabredungen, nach welchen Gelder oder Sachen für übernommene Handlungen oder Unterlassungen, oder Handlungen oder Unterlassungen gegen einander, versprochen werden. §. 869. 1. 11.

und hebt dabei namentlich hervor, abgesehen von den Verträgen zwischen Herrschaften und gemiethetem Gesinde. §. 894.:

1. Verträge mit gebungenen Handarbeitern und Tagelöhnern. §. 895. 1. 11. ff.

2. Verträge mit Handwerkern und Künstlern. §. 920.
3. Verträge über ein verdungenes Werk, §. 925. ff., namentlich verdungene Bauten. §. 966. ff.
4. Lieferungsverträge. §. 981. ff.
5. Aussetzung öffentlicher Belohnungen für nützliche Geistesarbeiten oder gemeinnützige körperliche Fähigkeiten oder Unternehmungen. §. 988. ff.
6. Verlagsverträge. §. 996. ff.

Das O. G. B. hebt den Lohnvertrag besonders hervor:

§. 1151. Wenn sich Jemand zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn in Geld verpflichtet, so entsteht ein Lohnvertrag.

außerdem den Verlagsvertrag §. 1164., und verweist bezüglich des Vertrages zwischen Dienstherrn und dem Gesinde auf die besonders darüber bestehenden Vorschriften §. 1172. und gedenkt endlich der:

Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird. §. 1173.

und zwar in dem Sinne, daß auch Unterlassungen unter Handlungen zu verstehen. §. 921.

Der Code Napoléon erwähnt nur den Fall der louage d'ouvrage:

Art. 1710. Le louage d'ouvrage est un contrât, par lequel l'une des parties s'engage à faire quelquechose pour l'autre, moyennant un certain prix.

und demnächst speziell:

Art. 1779. Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie:

1) Le louage des gens de travaille, qui s'engagent au service de quelqu'un;
2) celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises;
3) celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés.

9. Unbenannte Verträge.

§. 49.

Die durch die Gesetze nicht besonders hervorgehobenen Verträge sind theils nach allgemeinen Grundsätzen, die aus der Natur der Verträge überhaupt folgen, theils nach Analogie der besonders hervorge-

hobenen Verträge zu beurtheilen; letzteres jedoch nur insofern, als eine bezügliche Bestimmung nicht als eine nur aus der eigenthümlichen Natur des besonders hervorgehobenen Vertrages hervorgehende erscheint.

Das Römische Recht giebt für derartige Fälle theilweise geradezu Klagen aus benanntem Vertrage, z. B. in dem Falle:

cum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus. l. 35. §. 1. D. 19. 2.

die actio communi dividundo und die Klage ex conducto und locato; in dem Falle:

si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensarentur l. c.

die Klage ex locato und conducto.

Bezüglich des colonus partiarius fand die actio ex locato und conducto statt, jedoch eigenthümlich bestimmt:

quasi societatis jure damnum et lucrum cum domino fundi partitur l. 25. §. 6. D. 19. 2.

Vornämlich aber war in derartigen Fällen mit der actio praescriptis verbis zu klagen, und von dieser Klage heißt es:

quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni. l. 5. §. 4. D. 19. 5.

Das A. L. R. enthält bezügliche Bestimmungen;

1) Beim Leihvertrage 1. 21.:

§. 239. Bringt die Beschaffenheit der Sache und des verstatteten Gebrauchs es mit sich, daß der Leiher auch die Früchte und Nutzungen genieße, oder ist ihm dieser Genuß ausdrücklich gestattet, so kann das Geschäft, wenn es auch ein Leihvertrag genannt worden, dennoch nicht nach den Regeln dieses Vertrages beurtheilt werden.

§. 240. Vielmehr finden, je nachdem der verstattete Genuß uneingeschränkt oder eingeschränkt war, die Regeln vom Nießbrauche, von Pachten und Miethungen Anwendung,

nämlich soweit sie sich anwenden lassen, denn alle Bestimmungen des Mieth- und Pachtvertrages, welche darauf beruhen, daß der Mieth- und Pachtvertrag ein entgeltlicher Vertrag ist, sind natürlich bei einem unentgeltlichen Vertrage ausgeschlossen.

2) Beim Pachtvertrage:

§. 265. Ist statt des Pachtzinses ein gewisser nur im Verhältnisse gegen das Ganze bestimmter Antheil (pars quota) von Früchten vorbedungen, so ist ein solches Geschäft zwar

übrigens nach den Regeln des Pachtkontraktes zu beurtheilen.

§. 266. Es finden aber wegen Vertheilung der Früchte zwischen dem Pächter und Verpächter die Regeln des Gesellschaftsvertrages Anwendung.

Das O. G. B. stellt

1) letzteren Fall geradezu unter den Gesichtspunkt des Gesellschaftsvertrages:

§. 1103. Wenn der Eigenthümer sein Gut mit der Bedingung überläßt, daß der Uebernehmer die Wirthschaft betreiben und dem Uebergeber einen auf die ganze Nutzung sich beziehenden Theil, z. B. ein Drittel oder die Hälfte der Früchte geben solle, so entsteht kein Pacht-, sondern ein Gesellschaftsvertrag, welcher nach den darüber aufgestellten Regeln beurtheilt wird.

2) Demnächst bestimmt es:

§. 1173. Die Verträge, wodurch eine Sache oder eine Handlung für eine übernommene Handlung versprochen wird, sind nach den über die entgeltlichen Verträge überhaupt, und insbesondere nach den in diesem Hauptstück aufgestellten Regeln (des Lohnvertrages) zu beurtheilen.

Der Code Napoléon erwähnt als einen besonderen Fall des louage, wenn Jemand:

cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur. Art. 1763.

und sagt allgemein:

Art. 1107. Les contrâts, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Zweite Unter-Abtheilung.

Verträge mit mehreren Verpflichtungen.

Eine Verpflichtung kann mehrere verschiedene Verpflichtungen in sich enthalten, und zwar entweder in der Art, daß die mehreren verschiedenen Verpflichtungen neben einander bestehen (cumulativ) oder so, daß die verschiedenen Verpflichtungen einander ausschließen (exclusiv, disjunctiv):

Ersteres kann in doppelter Weise der Fall sein:

1) Die verschiedenen Verpflichtungen sind durch Einen Vertrag übernommen, jede Verpflichtung aber kommt als eine besondere für sich bestehende Verpflichtung in Betracht.

2) die verschiedenen Verpflichtungen sind in der Weise mit einander vereinigt, daß alle zusammen nur als ein Ganzes, als

eine einzige Verpflichtung zusammengesetzter Art in Betracht kommt.

Eine Vereinigung mehrerer Verpflichtungen, so daß eine jede die andere ausschließt, ist vorhanden im Falle einer alternativen Verpflichtung. Es bestehen mehrere verschiedene Verpflichtungen, jedoch in nur Art, daß nach der Wahl des Berechtigten oder Verpflichteten der eine derselben mit Ausschluß der andern zu erfüllen ist.

I. Mehrere Verträge unter der Form eines Vertrages.

§. 50.

Wenn Jemand durch Einen Vertrag mehrere Verpflichtungen übernimmt, so ist anzunehmen, daß bezüglich jeder einzelnen Verpflichtung ein besonderer Vertrag besteht, sofern die Verpflichtungen unentgeltlich übernommen werden oder für jede einzelne Verpflichtung, unabhängig von der andern, eine bestimmte Gegenleistung verabredet ist.

In diesem Falle ist also das Zusammenfassen der verschiedenen Verpflichtungen in einen einzigen Vertrag nur eine äußere Form, und in Wahrheit sind mehrere verschiedene Verträge vorhanden.

Im Röm. Recht kommt dieser Gesichtspunkt bei den Stipulationen zur Sprache.

Es heißt:

pluribus rebus praepositis, ita stipulatio facta est: ea omnia, quae suprascripta sunt, dari? propius est, ut tot stipulationes, quot res sint. l. 140. pr. D. 45. 1.

..quotiens pluribus specialiter actis stipulatio una omnibus subjicitur, quamvis una interrogatio et responsum unum subjiciatur, tamen proinde haberi, ac si singulae species in stipulationem deductae fuissent. l. 134. §. 3. D. l. c.

Eine Folge davon ist:

quotiens plures res una stipulatione comprehenduntur, si quidem promissor simpliciter respondeat: dare spondeo, propter omnes tenetur: si vero unam ex his, vel quasdam daturum se spoponderit, obligatio in iis, pro quibus spoponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quaedam videntur esse perfectae: sin-

gulas enim res stipulari et ad singulas respondere debemus. §. 18. J. 3. 20.

und:

...neque vitiatur utilis stipulatio per .. inutilem. l. 1. §. 5. D. 45. 1.

Es ist dabei vorausgesetzt, daß die einzelnen Sachen als solche und nicht als ein Ganzes Gegenstand der Stipulation sind.

Daher heißt es einerseits:

quod dicitur, tot stipulationes esse, quot res, ibi locum habet, ubi res exprimuntur stipulationi; caeterum si non fuerint expressae, una est stipulatio. l. 86. D. l. c.

si quis illud et illud stipulatus sit, tot stipulationes sunt, quot corpora. l. 29. pr. D. l. c.

und andererseits:

familiae, vel omnium servorum stipulatio una est. eod. l. c.

und:

si pecuniam quis, quae in conspectu est, stipulatus sit, vel acervum pecuniae, non tot sint stipulationes, quot nummorum corpora, sed una stipulatio, nam per singulos denarios singulas esse stipulationes, absurdum est. eod. l. c.

ferner bei emptio venditio:

cum ejusdem generis plures res simul veneant, veluti comoedi, vel chorus: referre ait, in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractae intelligantur. l. 34. pr, D. 21. 1.

Interdum etsi in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est, ... scilicet cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comoedos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet: ut neutri non nisi omnes habere expediat. l. 34. §. 1. l. c.

und bei locatio conductio:

locavi opus faciendum, ita ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem ... non quidquam interest, utrum uno pretio opus, an in singulas operas collocatur: si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit ...

Ein entgegengesetzter Fall ist:

si ideo in operas singulas merces constituta erit, ut arbitrio domini opus efficeretur. l. 51. §. 1. D. 19. 2.

II. Vereinigung mehrerer Verpflichtungen in einem Vertrage.

A. Cumulativ.

1. Lieferung eines Werkes.

§. 51.

Der Vertrag, wodurch der eine Contrahent sich verpflichtet, dem anderen Contrahenten gegen eine bestimmte Geldsumme ein bestimmtes Werk zu fertigen, ist ein Vertrag über Lieferung eines Werkes.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts fiel dieser Fall, wenn der Besteller das Material lieferte, unter den Begriff der locatio conductio.

In dem Fall aber, wenn der Werkmeister das Material lieferte, entstand der Zweifel, ob man eine emptio venditio oder locatio conductio anzunehmen habe, d. h. ob ein dare oder facere:

> item quaeritur, si cum aurifice Titius convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae annulos ei faceret, et acciperet veluti gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur §. 4. J. 3. 25.

Man hatte hierüber verschiedene Ansichten. Man meinte, einen derartigen Vertrag zum Theil nach den Grundsätzen des Kaufs, zum Theil nach den Grundsätzen des Lohnvertrages beurtheilen zu können:

> Cassius ait, materiae quidem emptionem et venditionem contrahi, operae autem locationem et conductionem. l. c.

Diese Ansicht wurde jedoch verworfen. Man machte geltend, es läge nur ein einziges Rechtsgeschäft vor:

> sed placet, unum esse negotium. l. 2. §. 1. D. 19. 2.

und hielt sich daran, daß die Uebertragung des Eigenthums die Hauptsache sei:

> quoties vero et immutatur, et alienatur, emptio magis quam locatio intelligi debet. l. 65. D. 18. 1.
>
> . . magis emptionem et venditionem esse. l. 2. §. 1. D. 19. 2.

und sagte dann bestimmter:

> placuit, tantum emptionem et venditionem contrahi. §. 4. J. 3. 25.

Hiernach wurde also der Fall entschieden:

> Convenit mihi tecum, ut certum numerum tegularum

mihi dares certo pretio; quod ut faceres, utrum emptio sit, an locatio? respondit: si ex meo fundo tegulas tibi factas ut darem, convenit, emptionem puto esse, non conductionem. l. 65. D. 18. 1.

In Fällen dagegen, wo die Uebertragung des Eigenthums als das Minderwesentliche, die Fertigung des Werkes aber als die Hauptsache erschien, stellte man den Vertrag unter den Begriff der locatio conductio. Dies war der Fall bei Bauwerken:

cum insulam aedificandam loco, ut sua impensa conductor omnia faciat, proprietatem (nämlich des Materials) quidem ad me transfert, et tamen locatio est; locat enim artifex operam suam l. 22. §. 2. D. 19. 2.

Die Glosse sagt daher:

quae magis inspicitur, quam dominii translatio.

Die Römischen Juristen aber halfen sich durch den Satz:

.. si aream darem, ubi insulam aedificares, quoniam tunc a me substantia proficiscitur. l. 20. D. 18. 1.

Das A. L. R. stellt den Verdung eines Werkes immer unter den allgemeinen Gesichtspunkt des Vertrages über Handlungen, niemals also unter den Begriff des Kaufs, und unterscheidet demnächst, ob der Werkmeister das Material liefert oder nicht.

Das O. G. B. folgt der Ansicht des Röm. Rechts:

§. 1158. Im Zweifel, ob die Bestellung einer Arbeit für einen Kauf- oder für einen Lohnvertrag zu halten sei, wird vermuthet, daß derjenige, der den Stoff dazu liefert, den Arbeiter bestellt habe; hat aber der Arbeiter den Stoff geliefert, so wird ein Kauf vermuthet.

Der Code Napoléon stellt den Fall:

lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage

mit der Bestimmung:

qu'il fournira aussi la matière Art. 1787.

unter den Begriff des devis et marchés, also nicht unter den Begriff des Kaufs.

2. Tröbelvertrag.

§. 52.

Der Vertrag, wodurch sich Jemand verpflichtet, eine ihm vom anderen Contrahenten zum Verkauf übergebene bewegliche Sache nach Ablauf einer bestimmten Frist entweder zurückzugeben, oder einen bestimmten Preis dafür zu geben, ist ein Tröbelvertrag.

Unter welchen Begriff ein derartiger Vertrag zu stellen, war im Röm. Recht zweifelhaft; man fand, daß er unter keinen der benannten Verträge falle, und gab deshalb eine actio praescriptis verbis:

Es heißt:

si tibi rem vendendam certo pretio dedissem, ut, quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet, neque mandati, neque pro socio esse actionem, sed in factum, quasi alio negotio gesto, quia et mandata gratuita esse debent, et societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit. l. 13. pr. D. 19. 5.

actio de aestimato proponitur tollendae dubitationis gratia. Fuit enim magis dubitatum, cum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videor, an ex conducto, quasi operas conduxissem, an mandati. l. 1. pr. D. 19. 3.

Um diese Zweifel zu beseitigen, gab man eine besondere Klage und zwar dahin gehend:

..aut.. ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem, de qua convenit. l. 1. §. 1. D. l. c.

Daß nur bewegliche Sachen Gegenstand des Vertrages sein könnten, ist nicht gesagt; ebenso wird eine bestimmte Frist nicht erwähnt.

Das A. L. R. bestimmt den Begriff des Trödelvertrages dahin I. 11.:

§. 511. Wenn Jemand seine Sache einem Andern zum Verkauf für einen bestimmten Preis übergiebt, mit der Bedingung, daß innerhalb eines festgesetzten Termines entweder die Sache zurückgegeben, oder der bestimmte Preis geliefert werden soll,

und sagt:

§. 512. Ein solcher Trödelvertrag kann nur über bewegliche Sachen geschlossen werden,

Ist eine unbewegliche Sache Gegenstand des Vertrages, so liegt ein Vollmachtsvertrag vor. §. 525.

Das O. G. B. bestimmt den Begriff des Verkaufsauftrages dahin:

wenn Jemand seine bewegliche Sache einem Andern für einen gewissen Preis zum Verkauf übergiebt, mit der Bedingung, daß ihm der Uebernehmer binnen einer festgesetzten Zeit entweder das bestimmte Kaufgeld liefern, oder die Sache zurückstellen soll. §. 1086.

3. Hauptverpflichtung.

§. 53.

Wenn Jemand durch einen Vertrag mehrere Verpflichtungen übernimmt, welche verschiedenartige rechtliche Wirkungen erzeugen, so ent-

scheidet die Hauptsache darüber, welche rechtliche Wirkungen eintreten.

Das Röm. Recht erörtert namentlich den Fall, wenn für einen gewissen Preis ein dare und facere versprochen ist, und wenn neben einem Kaufpreise noch andere Leistungen versprochen sind.

Ersterer Fall ist schon erörtert. Die Hauptsache entscheidet, ob ein Kauf oder eine locatio conductio anzunehmen.

In letzterem Falle wird angenommen, es liege ein Kauf vor, nämlich:

a) im Falle der Verbindung eines Kaufs mit locatio conductio rerum:

fundi partem dimidiam ea lege vendidisti, ut emptor alteram partem, quam retinebas, annis decem certa pecunia in annos singulos conductam habeat. Labeo et Trebatius negant, posse ex vendito agi, ut id, quod convenerit, fiat. Ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut haec tibi conductio praestaretur; nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat; eoque jure utimur. l. 79. D. 18. 1.

b) im Falle der Verbindung von Kauf und facere:

Si vendidi tibi insulam certa pecunia, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito, ut reficias. l. 6. §. 1. D. 19. 1.

sed si aream tibi vendidi certo pretio, et tradidi: ita, ut insula aedificata, partem dimidiam mihi tradas, verum est, et ut aedifices, agere me posse ex vendito. l. 6. §. 2. D. l. c.

Außerdem wurden aber derartige gemischte Verträge als Innominat-Kontrakte behandelt. z. B.:

Insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi; respondit, nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est. l. 6. D. 19. 5.

Das A. L. R. erwähnt den Fall der Verbindung eines Pacht- und Miethsvertrages I. 21.:

§. 260. Ist eine fruchttragende Sache mit einer andern, die nur durch den Gebrauch der Substanz genutzt werden kann, zugleich und in Einem Kontrakte eingeräumt worden; so giebt bei der Bestimmung, ob das Geschäft nach den Regeln des Pacht- oder Miethskontrakts zu beurtheilen sei, die Beschaffenheit der Hauptsache den Ausschlag.

Das O. G. B. enthält mehrere bezügliche Bestimmungen, nämlich:

1) Verbindung von Kauf und Tausch:

§. 1055. Wird eine Sache theils gegen Geld, theils gegen eine andere Sache veräußert, so wird der Vertrag, je nachdem der Werth am Gelde mehr oder weniger, als der gemeine Werth der gegebenen Sache beträgt, zum Kaufe oder Tausche und bei gleichem Werth der Sache, zum Kauf gerechnet.

2) Verbindung von Pacht= und Miethsvertrag:

§. 1091. Werden durch einen Vertrag Sachen von der ersten und zweiten Art (d. h. Sachen, die sich ohne weitere Bearbeitung gebrauchen lassen, und Sachen, die nur durch Fleiß und Mühe benutzt werden können), zugleich in Bestand gegeben; so ist der Vertrag nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu beurtheilen.

3) Verbindung von Eigenthumsübertragung und Verpflichtung zu handeln.

Abgesehen von dem schon erörterten Falle (§. 50.) findet sich noch die allgemeine Bestimmung:

§. 1159. Wenn mit dem Lohnvertrage noch andere Nebenverträge verbunden werden, so müssen die jedem derselben angemessenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet werden.

Der Sinn dieser Bestimmung ist nicht, daß jeder Nebenvertrag als ein für sich bestehender Vertrag anzusehen ist, sondern nur, daß bezüglich der Nebenverpflichtungen die betreffenden Bestimmungen insoweit in Anwendung kommen, als thunlich ist. Der Vertrag selbst fällt unter den Hauptgesichtspunkt eines Lohnvertrages.

B. Alternative Verpflichtung.

§. 54.

Wenn durch den Vertrag einer der Kontrahenten berechtigt wird, zwischen mehrere Verpflichtungen zu wählen, so besteht eine alternative Verpflichtung.

Die Gesetzbücher erwähnen namentlich den Fall, wenn ein Kontrahent das Recht hat, zwischen mehreren Sachen zu wählen.

So sagt das Römische Recht:

a) bezüglich der Stipulationen:

Si quis stipulatus sit Stichum aut Pamphilum, utrum ipse vellet . . l. 112. pr.D. 45. 1.

si stipulatus sum illud, aut illude, quod ego voluero. l. 76. pr. l. c.

cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari. l. 138. §. 1. D. l. c.

qui ex pluribus fundis, quibus idem nomen impositum fuerat, unum fundum sine ulle nota demonstrationis stipuletur. l. 106. D. l. c.

b) Beim Kauf:

Si ita distrahatur: illa aut illa res . . l. 25. pr. D. 18. 1.

. . si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus. l. 34. §. 6. D. 18. 1.

Das A. L. R. erwähnt den Fall:

ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden . . §. 274. I. 5.

namentlich auch beim Kauf. §. 37. I. 11.

Das O. G. B. erwähnt den Fall:

kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllet werden . . §. 906.

und:

Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen . . §. 907.

Der Code Napoléon giebt unter einem besonderen Abschnitt Regeln bezüglich der obligations alternatives. Art. 1189. ff.

Dritte Unter-Abtheilung.

Verträge, wobei mehrere Personen als berechtigt oder verpflichtet betheiligt sind.

Es gehören unter diesen Gesichtspunkt nicht die Fälle, wenn außer einem Hauptverpflichteten noch besondere Nebenverpflichtete vorhanden sind. Ebenso ist der Fall auszuscheiden, wenn eine Berechtigung oder Verpflichtung mehreren Personen getheilt zusteht oder obliegt. Es ist vielmehr nur der Fall gemeint, wenn ein und dieselbe Berechtigung oder Verpflichtung in gleicher Weise mehreren Personen zusteht oder obliegt.

Dabei ist eine verschiedene Weise der Betheiligung möglich:

Entweder nämlich steht die Berechtigung nur allen Betheiligten gemeinschaftlich zu, oder die Verpflichtung liegt nur allen Betheiligten gemeinschaftlich ob.

Oder es ist jeder Mitberechtigte oder Mitverpflichtete berechtigt oder verpflichtet, das Ganze allein zu fordern oder zu leisten, so jedoch, daß das Ganze nur einmal zu leisten ist.

Im ersteren Falle besteht eine Gemeinschaft, wovon im zweiten Theil gehandelt wird, im zweiten Falle eine Correalberechtigung oder Correalverpflichtung.

I. Correalverpflichtung.

§. 55.

Eine Correalverpflichtung ist vorhanden, wenn für die Erfüllung einer Verpflichtung mehrere Personen in gleicher Weise nach der Wahl des Berechtigten haften.

Es ist also nur Eine Verpflichtung vorhanden, aber es haften mehrere Personen für deren Erfüllung; sie haften in gleicher Weise, also nicht der eine vorzugsweise und der andere nur subsidiär; der Berechtigte aber kann in Anspruch nehmen, wen er will; nur seine Willkür, also nicht ein anderer Umstand, ist entscheidend.

Daher sagt das Römische Recht:

ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti . . . possitque ab alterutro peti; partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est. l. 3. §. 1. D. 45. 2.

Das A. L. R. bestimmt die Correalverpflichtung dahin: §. 424. I. 5.

daß Einer für Alle und Alle für Einen dem Berechtigten für die Erfüllung haften,

und verordnet:

§. 430. Wenn aber die mehreren Verpflichteten dem Berechtigten Einer für Alle und Alle für Einen haften, so kann der Berechtigte, wegen seiner ganzen Forderung, an welchen unter ihnen er will, sich halten.

§. 433. Wenn auch der Berechtigte einen oder alle Mitverpflichtete nur für ihren Antheil in Anspruch genommen hat, so kann er doch davon wieder abgehen und Einen unter ihnen auf das Ganze belangen.

§. 434. Auch kann er, wegen der von einem Verpflichteten ganz oder zum Theil nicht zu erhaltenden Zahlung, jeden der Andern, welchen er will, so lange, bis er vollständig befriedigt worden, in Anspruch nehmen.

Das O. G. B. sagt:

§. 891. Versprechen mehrere Personen ein und dasselbe Ganze zur ungetheilten Hand dergestalt, daß sich Einer für Alle und Alle für Einen ausdrücklich verbinden, so haftet jede einzelne Person für das Ganze. Es hängt dann von dem Gläubiger ab, ob er von allen oder von einigen Mitschuldnern das Ganze, oder nach von ihm gewählten Antheilen, oder ob er es von einem Einzigen fordern wolle; . . . und wenn er von einem oder dem andern Mitschuldner nur zum Theil befriedigt wird, so kann er das Rückständige von den übrigen fordern.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1200. Il y a solidarité de la part des débiteurs lorsqu'ils sont obligés à une même chose, de manière, que chacun puisse être contraint pour la totalité, et que le paiement fait par un seul libère les autres envers le créancier,

und:

Art. 1203. Le créancier d'une obligation contractée solidairement peut s'adresser à celui des débiteurs, qu'il

veut choisir, sans que celui ci puisse lui opposer le bénefice de division.

Art. 1204. Les poursuites failes contre l'un des débiteurs n'empêchent pas le créancier d'en exercer de pareilles contre les autres.

II. Correalberechtigung.

§. 56.

Eine Correalberechtigung ist vorhanden, wenn eine Berechtigung mehreren Personen in der Art zusteht, daß deren Erfüllung zwar nur einmal, aber von jedem Berechtigten in gleicher Weise gefordert werden kann.

Es besteht also auch hier nur Eine Verpflichtung, aber jeder der mehreren Berechtigten kann deren Erfüllung fordern, und zwar jeder in gleicher Weise nach eigener Willkür.

Das Römische Recht erwähnt bei Stipulationen den Fall:

cum duo eandem pecuniam stipulati sunt — solidum singulis debetur. l. 2. D. 45. 2. §. 1. J. 3. 17.

in obligatione una res vertitur, alter debitum accipiendo omnium perimit obligationem. §. 1. J. 3. 17.

Das A. L. R. schließt eine Correalberechtigung bei Verträgen in der Regel aus §. 450. 1. 5. 2. 615. 1. 11. und enthält keine Bestimmungen für den Fall, wenn durch den Vertrag eine Correalberechtigung begründet ist.

Das O. G. B. sagt:

§. 892. Hat hingegen Einer mehreren Personen dasselbe Ganze zugesagt, und sind diese ausdrücklich berechtigt worden, es zur ungetheilten Hand fordern zu können, so muß der Schuldner das Ganze demjenigen dieser Gläubiger entrichten, der ihn zuerst darum angeht.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1197. L'obligation est solidaire entre plusieurs créanciers, lorsque le titre donne expressement à chacun d'eux le droit de demander le paiement du total de la créance, et que le paiement fait à l'un d'eux libère le débiteur, encore que le bénéfice de l'obligation soit partageable et divisible entre les divers créanciers.

Dritte Abtheilung.

System der Verträge.

Der Hauptgesichtspunkt, von welchem aus das Römische Recht

die Verträge klassifizirt ist nicht der Inhalt des Vertrages, sondern die causa obligationis, actionis.

Derartige causae gab es ursprünglich drei:

obligationes ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu. l. 1. §. 1. D. 44. 7.

Die unter diese Gesichtspunkte fallenden Verträge waren:

1) Re: das mutuum, commodatum, depositum, pignus. l. 1. §. 2—6. l. c.

2) verbis. die stipulatio. l. 1. §. 7. l. c.

3) consensu: emptio venditio, locatio conductio, societas, mandatum. l. 2. pr. l. c.

Von diesen Verträgen galt der Grundsatz: pariunt actiones. l. 7. pr. D. 2. 14. und ferner:

quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et caeteri similes contractus. l. 7. §. 1. l. c.

Von dem Gesichtspunkt aus, daß aus der stipulatio eine besonders benannte Klage entstand, stellte man auch die stipulatio unter die besonders benannten Verträge:

conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt, veluti in emptionem, in locationem, in pignus, vel in stipulationem. l. 1. §. 4. l. c.

Aus allen übrigen Verträgen entsprang ursprünglich keine Klage, sondern nur eine exceptio. l. 7. pr. l. c. Es kam jedoch demnächst der Grundsatz zur Geltung:

Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem. l. 7. §. 2. l. c.

Die für derartige Fälle eintretende Klage war die actio in factum, praescriptis verbis:

nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur. l. 1. pr. D. 19. 5.

nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, praescriptis verbis agendum est. l. 2. l. c.

in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt. l. 3. l c.

Diese Klagen wurden nach Analogie der benannten Verträge behandelt:

quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni. l. 5. §. 4. l. c.

Sie fielen unter einen doppelten Gesichtspunkt:

a) die den einseitigen Realverträgen analogen Verträge.

b) die den eigentlichen Contrakten analogen.

. . utputa, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem. l. 7. §. 2. D. 2. 14.

Bezüglich letzterer heißt es noch bestimmter:

Julianus scribit, in factum actionem a praetore dandam, ille (Mauritianus) ait, civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere, esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio. l. 7. §. 2. D. l. c.

Der allgemeine Gesichtspunkt wird demnächst dahin angegeben:

in hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim do tibi, ut des, aut do, ut facias, aut facio, ut des, aut facio, ut facias; in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. l. 5. pr. D. 19. 5.

und es wird dabei eine Klassifikation aller gegenseitig verpflichtenden Verträge nach ihrem Inhalte gegeben, nämlich:

1) do ut des:
   a) et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio venditio est;
   b) sin autem rem do, ut rem accipiam . . . permutationem . . . nasci civilem obligationem.

2) at cum do at facias:
   a) si tale sit factum, quod locari solet:
      1) pecunia data, locatio erit;
      2) si res, non erit locatio, sed nascetur civilis actio.
   b) quodsi tale est factum, quod locari non possit, . . . praescriptis verbis agi.

3) Quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur.

4) sed si facio ut facias . . . tutius erit . . . praescriptis verbis dari actionem. l. 5. §. 1—4. D. 19. 5.

Gar nicht bei der Lehre von Verträgen, sondern unter besonderen Gesichtspunken werden erwähnt:

a) die donatio;

b) die servitutes usus: fructus, usus, habitatio und servitutes rerum.

Das A. L. R. stellt als Haupt-Gesichtspunkt auf die Beziehung der Verträge zum Eigenthum. Es fallen unter den Gesichtspunkt:

a) von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums:
   1) die gegenseitig verpflichtenden Verträge, nämlich:

a. der Kauf,
b. der Tausch,
(c. das Darlehn),
d. Verträge, wodurch Sachen gegen Handlungen oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden.

2) die Schenkung:

b) von der Erwerbung des Eigenthums der Sachen oder Rechte durch einen Dritten:
der Vollmachtsauftrag.

c) von Erhaltung des Eigenthums der Rechte:
1) der Verwahrungsvertrag,
2) die Verwaltung fremder Sachen und Güter,
3) die Cautionen und Bürgschaften.

d) vom gemeinschaftlichen Eigenthum:
der Gesellschaftsvertrag.

e) von dinglichen und persönlichen Rechten auf fremdes Eigenthum, und zwar:
1) von den Rechten auf die Substanz fremden Eigenthums:
a. der Pfandvertrag,
b. das Vorkaufs-, Näher- und Wiederkaufsrecht;
2) von den Rechten zum Gebrauch oder Nutzung fremden Eigenthums:
a. der Nießbrauch und die Erbpacht,
b. die eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte:
1. der Leihvertrag,
2. der Pacht- und Miethsvertrag;
c. Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander und Zwangs- und Bannrechte.

Das O. G. B. erwähnt die Verträge in folgender Reihenfolge:
1) die Schenkung.
2) die Realverträge:
a) Verwahrungsvertrag,
b) Leihvertrag,
c) Darleihensvertrag,
3) die Consensualverträge:
a) die Bevollmächtigung,
b) die entgeltlichen Verträge:
1. Tauschvertrag,
2. Kaufvertrag,
3. Bestand-, Erbpacht- und Erbzinsverträge,
4. der Lohnvertrag und entgeltliche Verträge über Dienstleistungen,
c) Verträge über eine Gemeinschaft der Güter.

Nicht bei der Lehre von den Verträgen, sondern bei der Lehre von den dinglichen Rechten wird gehandelt:

1) von dem Pfandrechte,
2) von den Dienstbarkeiten: den Grunddienstbarkeiten, der Fruchtnießung, der Dienstbarkeit der Wohnung,

und unter dem Gesichtspunkt von Befestigung der Rechte und Verbindlichkeiten:

1) von Bürgschaft und Correalverpflichtung,
2) vom Pfandvertrage.

Der Code Napoléon erwähnt die Verträge in folgender Reihenfolge:

a) die entgeltlichen Consensualverträge:
   1) de la vente,
   2) de l'echange,
   3) du contrât de louage, des choses et d'ouvrage,
   4) du contrât de société;
b) die Realverträge:
   1) du prêt:
      a) à usage ou commodat,
      b) de consommation ou simple prêt,
   2) du dépôt et du sequestre;
c) du mandat,
d) du cautionnement,
e) du nantissement.

Nicht bei der Lehre von Verträgen wird erwähnt:

1) donation entre vifs,
2) die dinglichen Rechte:
   a) usufruit, usage, habitation,
   b) servitudes ou services fonciers.

Zweiter Titel.

Der Abschluß, die Wirkung und Aufhebung des Vertrages.

Erste Abtheilung.

Der Abschluß des Vertrages.

Es ist zu handeln:

1) von dem zu Stande kommen, Abschluß des Vertrages überhaupt;
2) insbesondere von dem zu Stande kommen eines schriftlichen Vertrages.

Erste Unter-Abtheilung.

Der Abschluß des Vertrages überhaupt.

Es ist zu erörtern:

1) die Willensübereinstimmung als Voraussetzung für das zu Stande kommen eines Vertrages;

2) der wirkliche Abschluß des Vertrages durch erklärte Zustimmung zum Vertrage.

I. Die Willensübereinstimmung.

§. 57.

Ein Vertrag kann nur zu Stande kommen, wenn die Kontrahenten bezüglich aller wesentlichen Punkte des Vertrages einig geworden sind.

Das Römische Recht bezeichnet daher als das Wesentliche eines jeden Vertrages den consensus, namentlich

a) bei Stipulationen:

stipulatio ex utriusque consensu perficitur. l. 137. §. 1. D. 45. 1.

stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. l. 1. §. 3. D. 2. 14.

b) bei Consensualverträgen:

consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus mandatis. l. 2. pr. 44. 7.

c) bezüglich aller pacta:

et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus. l. 1. §. 2. D. 2. 14.

Diese Einigung wird auch bezeichnet als conventio:

conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt, qui inter se agunt (. . . in unum consentiunt). Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re, sive verbis fiat. l. 1. §. 3. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 1. Wechselseitige Einwilligung zur Erwerbung oder Veräußerung eines Rechts wird Vertrag genannt.

Das O. G. B.:

§. 861 Nimmt der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zu Stande.

Der Code Napoléon:

Le contrât est une convention, par laquelle etc. Art. 1101.

Außerdem erwähnt er als condition essentielle pour la validité d'une convention:

le consentement de la partie qui s'oblige. Art. 1108.

Es ist aber, damit ein Vertrag zu Stande komme, nur erforderlich, daß bezüglich aller wesentlichen Punkte eine Einigung erfolgt sei. Bei Stipulationen wurde vollständige Uebereinstimmung gefordert:

cum adjicit aliquid vel detrahit obligationi, semper probandum est vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas responsionis illico placuerit; tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur. l. 1. §. 3. D. 45. 1.

Bei bonaefidei-Kontrakten war nur consensus bezüglich der Hauptsache erforderlich:

Es heißt zwar allgemein:

In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta, qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit. l. 57. D. 44. 7.

Es ist jedoch dabei nur an einen dissensus bezüglich der Hauptsache gedacht. Ein dissensus bezüglich eines Nebenpunktes verhindert nicht das Zustandekommen des Vertrages. Daher heißt es:

Si in emptione fundi dictum sit, accedere Stichum servum, neque intelligatur, quis ex pluribus accessit, cum de alio emptor, de alio venditor senserit, nihilominus fundi venditionem valere constat. nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re, cui accedat, an, minus. l. 34. pr, D. 18. 1.

Die neueren Gesetzbücher erwähnen den hierher gehörigen Gesichtspunkt nur bei der Lehre vom Irrthum, und zwar:

Das A. L. R. als Irrthum:

in dem Wesentlichen des Geschäfts oder in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung. §. 75. 1. 4.

Das O. G. B. als Irrthum betreffend:

die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden. §. 871.

Der Code Napoléon als Irrthum:

sur la substance même de la chose, qui en est l'objet. Art. 1110.

A. Bezüglich der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Vertrages.

§. 58.

Es kommt daher kein Vertrag zu Stande:

1) wenn die Kontrahenten darüber uneinig sind,

ob ein entgeltlicher oder unentgeltlicher Vertrag geschlossen werden soll,

Dies leuchtet sofort ein:

a) wenn der eine Kontrahent eine Verpflichtung nur entgeltlich übernehmen, der andere Kontrahent aber will, daß sich Ersterer unentgeltlich verpflichte.

Aber auch:

b) wenn der eine Kontrahent sich unentgeltlich verpflichten und der andere Kontrahent ein Entgelt gewähren will, kommt kein Vertrag zu Stande.

Daß kein entgeltlicher Vertrag zu Stande kommt, folgt daraus, weil es an einer Zustimmung des einen Kontrahenten bezüglich des Entgeltes fehlt.

Daß aber auch kein unentgeltlicher Vertrag zu Stande kommt, folgt einerseits aus dem formalen Grunde, daß sich Anerbieten und Annahme nicht entsprechen, und andererseits aus dem materiellen Grunde, weil die unentgeltliche Verpflichtung ganz andere rechtliche Wirkungen hat, als die entgeltliche. So ist z. B. nur der entgeltlich Veräußernde, nicht auch der unentgeltlich Veräußernde, zur Gewährleistung verpflichtet, und andererseits hat der Schenkende, nicht der entgeltlich Veräußernde, das beneficium competentiae.

B. Bezüglich der Art der rechtlichen Verpfichtung.

§. 59.

2) wenn jeder Kontrahent eine andere Art der rechtlichen Verpflichtung meint,

Hiernach sind alle diejenigen Momente wesentlich, wodurch in rechtlicher Beziehung die Art der Verpflichtung bestimmt wird, also:

1) Der rechtliche Inhalt der Verpflichtung.

Das Römische Recht erwähnt namentlich:

a) den Fall, wenn der eine Kontrahent einen Darlehnsvertrag (wo also die Sache generell bestimmt ist), der andere Kontrahent einen Verwahrungs- oder Leihvertrag (wobei also die Sache individuell bestimmt ist) schließen will:

> (pecuniam) si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est. Idem est et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatum ostendendi gratia accepi. l. 18. §. 1. D. 12. 1.

2) Den Fall, wenn der eine Theil schenken, also Eigenthum übertragen, der andere Theil nur geliehen, also nur den Gebrauch übertragen haben will, entscheidet es verschieden.

Einerseits wird gesagt:

Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Julianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit, l. 18. pr. l. c.

offenbar in Anwendung des Grundsatzes:

In omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat, oportet, affectus ex utraque parte contrahentium: nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quaelibit alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur, non potest. l. 55. D. 44. 7.

Andererseits aber wurde gesagt:

Si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat, proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. l. 36. D. 41. 1.

Es wird also angenommen, daß, weil in beiden Fällen es bei der Uebergabe auf Eigenthumsübertragung abgesehen war, Eigenthum übergehe. Ob aber das Rechtsverhältniß als eine donatio oder als ein mutuum anzusehen, das wird nicht entschieden.

Die neueren Gesetzbücher erwähnen die hierher gehörigen Fälle nicht, nur das A. L. R. deutet sie an bei der Lehre vom Irrthum, indem es sagt I. 4.:

§. 75. Irrthum in dem Wesentlichen des Geschäfts, macht die Willenserklärung ungültig.

Es gehören hierher auch die Fälle, in welchen die Weise der Verpflichtung von jedem Kontrahenten verschieden bestimmt wird, also:

a) von dem einen Kontrahenten als bedingt, von dem andern als unbedingt.

Das Römische Recht entscheidet:

Si quis simpliciter interrogatus responderit, si illud factum erit, dabo, non obligari eum constat. Et versa vice si interrogatus fuerit sub conditione, responderit pure. l. 1. §. 3. D. 45. 1.

inutilis est stipulatio .. si ille pure stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra. §. 5. J. 3. 20.

Das A. L. R. enthält nur den allgemeinen Satz I. 5.:

§. 84. Die Annahme muß unbedingt sein .., wenn dadurch der Abschluß des Vertrages erfolgen soll.

§. 85. Geschieht die Annahme nur unter Bedingungen .., so kann der Versprechende seinen Antrag zurücknehmen.

und das O. G. B. ebenfalls nur den allgemeinen Satz:

Erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. §. 869.

b) Den Fall, wenn der eine Kontrahent eine einfache, der andere Kontrahent eine alternative Verpflichtung meint, erwähnt das Römische Recht:

si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum daturum te spoponderius, constat, non teneri te, nec ad interrogatum esse responsum. l. 83. §. 2. D. 45. 1.

C. Bezüglich des thatsächlichen Inhalts der Verpflichtung.

§. 60.

3) wenn die Kontrahenten bezüglich des thatsächlichen Inhalts der Verpflichtung uneinig sind und die Uneinigkeit einen Umstand betrifft, auf welchen es, nach der Erklärung eines Kontrahenten oder nach der Natur des Geschäfts, wesentlich abgesehen ist.

Vornämlich dieser Fall des Nichtzustandekommens des Vertrages wird häufig verwechselt mit dem Fall der Aufhebung eines Vertrages wegen Irrthums oder wegen Nichtgewährung des Versprochenen.

Der Unterschied liegt aber einfach darin, daß in dem hier in Rede stehenden Falle gar kein Vertrag zu Stande kommt, weil jeder Kontrahent etwas wesentlich Anderes will, während in dem Falle des Irrthums und der Nichtgewährung ein Vertrag besteht, weil eine Willenseinigung vorliegt und nur der Verletzte das Recht hat, den Vertrag wegen Irrthums oder Nichtgewährung anzufechten.

Ob das, was jeder Kontrahent will, etwas wesentlich Anderes ist als das, was der andere Kontrahent will, das ist zunächst aus der Erklärung eines jeden Kontrahenten zu entnehmen, demnächst aber aus der Natur des Geschäfts.

Das Römische Recht erwähnt namentlich den Fall, wenn jeder Kontrahent eine andere Sache meint:

si hominem stipulatus sim, et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit. l. 137. §. 1. D. 45. 1.

cum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emptionem. l. 9. pr. D. 18. 1.

Die neueren Gesetzbücher gedenken dieses Falles nur unter dem Gesichtspunkt des Irrthums.

Die anderweiten Fälle der Uneinigkeit kommen nur gelegentlich zur Sprache. So sagt das Römische Recht:

Si ita interrogatus: intra Kalendas quintas? responderit, dabo Idibus, aeque non obligatur. l. 1. §. 3. D. 45. 1. si in diem stipulanti, tu respondeas praesente die dabo, inutilis est stipulatio. §. 5. J. 3. 20.

Der wesentliche Gesichtspunkt bezüglich aller dieser Fälle ist:

Jeder Kontrahent meint etwas Anderes als der andere Kontrahent, und dieser Widerspruch betrifft einen Umstand, auf den es wesentlich abgesehen ist, sei dies nun aus den Erklärungen der Kontrahenten oder der Natur des Geschäfts zu entnehmen.

Wenn also z. B. der eine Kontrahent eine Wohnung von Johannis 1853 bis Johannis 1856 miethen, der andere aber sie von Johannis 1854 bis 1857 vermiethen will, so kann kein Miethkontrakt zu Stande kommen, wenn Jeder bei seinem Willen bleibt.

Wenn ein Kontrahent eine Wohnung miethen will unter der ausdrücklichen Bedingung, daß darin neue Oefen gesetzt werden, der andere aber sie nur unter der Bedingung vermiethen will, daß die Oefen erst nach Verlauf eines Jahres gesetzt werden, so kann ein Vertrag nicht zu Stande kommen. Ist dagegen das Setzen neuer Oefen ausdrücklich bedungen, die Oefen aber werden nicht gesetzt, so besteht der Vertrag, aber der Verletzte hat das Recht, ihn wegen Nichtgewähr des Versprochenen aufzuheben.

Erklärt Jemand, daß er eine bestimmte Sache kaufen wolle, sofern sie eine bestimmte Eigenschaft habe, der Andere aber erklärt, er wolle die Sache verkaufen, aber sie habe nicht die bedungene Eigenschaft, so entsteht kein Vertrag.

Ist dagegen beim Verkauf eine bestimmte Eigenschaft bedungen, so besteht der Vertrag und der Verkäufer ist zur Gewähr verpflichtet. Ist zwar die bestimmte Eigenschaft nicht bedungen, wohl aber vom Käufer irrthümlich vorausgesetzt, so besteht der Vertrag, aber der Käufer kann unter Umständen ein Recht haben, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten.

§. 61.

Wenn die Uneinigkeit nur darin besteht, daß außer dem, worüber die Kontrahenten einig sind, der eine Kontrahent noch etwas Mehreres verspricht, so kommt der Vertrag so weit zu Stande, als die Kontrahenten einig sind.

Das Römische Recht erwähnt:

a) bei Stipulationen den Fall:

1) wenn Jemand außer dem, was von ihm gefordert wird, noch eine andere Sache verspricht:

si mihi Pamphilum stipulanti, tu Pamphilum et Stichum spoponderis, Stichi adjectionem pro supervacuo habendam puto; nam si tot sunt stipulationes, quot corpora, duae sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem. l. 1. §. 5. D. 45. 1.

2) wenn verschiedene Quantitäten bedungen werden.

Nach Grundsätzen des strengen Rechts war eine derartige Stipulation nichtig:

inutilis est stipulatio, si quis.. decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra. §. 5. J. 3. 20.

Man ging jedoch von der Strenge des Rechts ab, und weil eine stipulatio eine einseitige Verpflichtung war, bestimmte man nach dem Grundsatz:

quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur. l. 83. §. 3. D. 45. 1.

nicht bloß:

si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas, non esse contractam obligationem, nisi in decem, constat.

sondern auch:

Ex contrario quoque si me viginti interrogante tu decem respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta.

man meinte:

licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est, viginti et decem inesse. l. 1. §. 4. D. 45. 1.

b) Bezüglich der gegenseitig verpflichtenden Verträge wurde dagegen bei locatio conductio unterschieden:

1) Es entsteht kein Vertrag, wenn Jemand weniger verspricht, als von ihm gefordert wird:

si decem tibi locem fundum, tu autem existimes, quinque te conducere, nihil agitur. l. 52. D. 19. 2.

2) Der Vertrag gilt auf die mindere Summe, wenn Jemand mehr verspricht, als von ihm gefordert wird:

sed et si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio, quam quanti ego putavi. l. c.

Wenn es nun beim Kauf heißt:

sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est. l. 9. pr. D. 18. 1.

so ist dies doch nur mit der aus Vorstehendem sich ergebenden Maaßgabe zu verstehen.

Die neueren Gesetzbücher entscheiden diesen Fall nicht.

Nur das A. L. R. enthält den allgemeinen Satz 1. 5.:

§. 83. Durch die Annahme kann Niemand mehr Recht erwerben, als von dem Andern angetragen worden.

Dagegen wird nicht gesagt:

in welchem Falle man weniger erwerben kann, als angetragen wird.

Es ist jedoch anzunehmen, daß die neueren Gesetzbücher von gleichen Grundsätzen ausgehen wie das Römische Recht.

II. Der wirkliche Abschluß des Vertrages durch erklärte Zustimmung zum Vertrage.

Es kommt in Betracht:

a) die Form der Willenseinigung,
b) der Inhalt der Willenserklärung,
c) der Abschluß des Vertrages durch die gegenseitige Willenserklärung.

A. Die Form der Willenseinigung.

1. Gegenseitigkeit der Erklärung.

§. 62.

Der Vertrag wird dadurch abgeschlossen, daß diejenigen Personen, welche den Vertrag mit einander schließen wollen, ihre Zustimmung zu dem Vertrage einander erklären.

Es muß also jeder Kontrahent dem andern Kontrahenten erklären, daß er dem Vertrage zustimmt.

Im Römischen Recht war für diese gegenseitige Erklärung bei Stipulationen eine bestimmte Form vorgeschrieben, nämlich die Form der Frage und Antwort:

stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturum se, quod interrogatus est, responderit. l. 5. § 1. D. 45. 1.

verbis (sc. obligamur), cum praecedit interrogatio, et sequitur congruens responsio. l. 52 §. 2. D. 44. 7.

Für die bonaefidei-Kontrakte genügte consensus überhaupt.

Das A. L. R. erwähnt eine zweifache Weise der gegenseitigen Zustimmung, nämlich:

1) Die Annahme eines Versprechens.

Es sagt 1. 5.:

§. 2. Die Erklärung, einem Andern ein Recht übertragen oder eine Verbindlichkeit gegen denselben übernehmen zu wollen, heißt Versprechen.

und:

§. 79. Durch die Annahme eines gültigen Versprechens wird der Vertrag geschlossen.

§: 4. Zur Wirklichkeit eines Vertrages wird wesentlich erfordert, daß das Versprechen gültig angenommen worden.

Dabei bemerkt es:

§. 78. Alles, was zur Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung überhaupt gehört, wird auch zur Gültigkeit der Annahme eines Versprechens erfordert.

2) Die Bewilligung einer Forderung:

§. 82. Wenn das, was der andere Theil fordert oder verlangt, von dem andern bewilligt worden, so bedarf es von Seiten des ersteren keiner besonderen Annahme.

Es muß also entweder ein Versprechen angenommen oder eine Forderung bewilligt werden, d. h. es muß einem Vertragsantrage zugestimmt werden. Ein zufälliges Zusammentreffen eines beiderseitigen Vertragsantrages bewirkt nicht das Zustandekommen des Vertrages, sondern es muß in Folge eines Vertragsantrages die Zustimmung erklärt werden.

Daher sagt das A. L. R.:

§. 80. Der Augenblick, in welchem die Annahme gehörig erklärt worden, bestimmt also auch den Zeitpunkt des geschlossenen Vertrages.

Das O. G. B. sagt bezüglich der Weise der Zustimmung:

§. 861. Wer sich erklärt, daß er Jemandem sein Recht übertragen, d. h. daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Theile ein Vertrag zu Stande.

Insbesondere sagt es:

So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum Voraus noch nachher angenommen ist, so entsteht kein Vertrag.

Der Code Napoléon erfordert:

une convention, par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres. Art. 1101.

namentlich:

le consentement de la partie, qui s'oblige. Art. 1108.

§. 63.

Es kommt also kein Vertrag zu Stande, wenn eine andere Person, als mit welcher der eine Theil den Vertrag schließen will, ihre Zustimmung zu dem Vertrage erklärt.

Es ist dieser Fall nicht zu verwechseln mit dem Falle des Irrthums bezüglich der Person.

In dem hier vorausgesetzten Falle kommt gar kein Vertrag zu Stande, weil der eine Theil mit einer bestimmten Person kontrahiren will, aber nicht diese bestimmte Person dem Vertrage zustimmt, sondern eine andere Person. In einem solchen Falle ist die Ursache der Verwechselung der gemeinten und der zustimmenden Person gleichgültig.

Im Falle eines Irrthums bezüglich der Person ist dagegen vorausgesetzt, daß einer bestimmten Person der Vertragsantrag gemacht wird, und dieselbe Person dem Vertrage zustimmt, aber der Antrag oder die Zustimmung erfolgt in Folge eines Irrthums bezüglich der Person. In einem solchen Falle ist also ein Vertrag zu Stande gekommen, und es ist zu entscheiden, ob eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums in der Person zulässig ist. Eine hier in Betracht kommende Verwechselung der Personen kann namentlich eintreten, wenn sich die kontrahirenden Personen nicht persönlich gegenüberstehen.

Das Römische Recht erwähnt mehrere hierher gehörige Fälle.

Es sagt:

> Si et me, et Titium mutuam pecuniam rogaveris, et ego meum debitorem tibi promittere jusserim, tu stipulatus sis, cum putares eum Titii debitorem esse, an mihi obligaris?

Es wird sachgemäß entschieden:

> subsisto, si quidem nullum negotium mecum contraxisti (weil Du mit mir in kein Vertragsverhältniß getreten bist)..., — hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest — sed quia pecuniam ea (quae) ad te pervenit (weil Du mein Eigenthum erhalten hast), eam mihi a te reddi bonum et aequum est. l. 32. D. 12. 1.

Ein anderer Fall ist:

> cum servo dominus rem vendere certae personae jusserit, si alii vendidisset, quam cui jussus erat, venditio non valet. Idem juris in libera persona est, quum perfici venditio non potuit in ejus persona, cui dominus venire eam noluit. l. 63. qr. D. 18. 1.

Ein dritter Fall ist:

Si tibi dederim rem, ut Titio meo nomine donares, et tu tuo nomine eam ei dederis, an factam ejus putes?

Es wird entschieden:

respondit: si rem tibi dederim, ut Titio meo nomine donares, eamque tu tuo nomine ei dederis, quantum ad juris subtilitatem (d. h. nach Grundsätzen des strengen Rechts) accipientis facta non est, et tu furti obligeris.

man schützte jedoch in einem solchen Falle den Beschenkten nach Grundsätzen der Billigkeit:

sed benignius est, si agam contra eum, qui rem accepit, exceptione doli mali me summoveri. l. 25. D. 39. 5.

Die neueren Gesetzbücher erwähnen nur den Fall des Irrthums in der Person.

Für den Fall eines Darlehns enthält jedoch das A. L. R. eine eigenthümliche Bestimmung.

Es sagt:

Hat der Empfänger nicht gewußt, daß ihm fremdes Geld zum Darlehn gegeben werde . ., so tritt der wahre Eigenthümer in Ansehung aller verabredeten Bedingungen an die Stelle des Gebers. §. 665. 667. 1. 11.

Auch wenn der Geber dem Empfänger mehr als gewöhnlich vortheilhafte, an sich aber erlaubte, Bedingungen bewilligt hat, so ist der wahre Eigenthümer gegen den redlichen Empfänger daran gebunden. §. 668.

In einem solchen Falle tritt also der Eigenthümer des Geldes ohne Zustimmung zum Vertrage in ein Vertragsverhältniß zum Empfänger des Geldes in Folge des guten Glaubens des Empfängers.

Eine gewisse Zustimmung ist jedoch auch in diesem Falle anzunehmen. Denn es wird vorausgesetzt, daß der Eigenthümer des Geldes sich nicht an den Geber des Geldes, sondern den Empfänger halten will. Will er dies, so muß er den Vertrag anerkennen.

Die Bestimmung des §. 1060. 1. 11. gehört unter einen andern Gesichtspunkt.

2. Form der Erklärung.

a. Worte. Handlungen.

§. 64.

Die Zustimmung zum Vertrage kann durch Worte oder durch Handlungen, welche die Zustimmung deutlich erkennbar machen, erklärt werden.

Im Römischen Recht genügten bei Stipulationen Worte allein nicht, sondern man mußte:

1) sich auch bestimmter Formeln bedienen:

In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo; Promittis? promitto; fidepromittis? fidepromitto; fidejubes? fidejubeo. Dabis? dabo; facies? faciam.

Davon ging man später ab:

sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt; posteo autem Leonina constitutio lata est, quae solemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscunque tandem verbis expressum est. §. 1. J. 3. 16.

also:

si quis ita interroget: dabis? responderit: quidni? (et) is utique in ea causa est, ut obligetur. l. 1. §. 2. D. 45. 1.

Dagegen blieb es bei dem Grundsatz:

stipulatio non potest confici, nisi utroque loquente. l. 1. pr. l. c.

also:

contra si sine verbis annuisset. Non tantem autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita annuit. l. 1. §. 2. l. c.

Daher konnten Stumme nicht durch Stipulation contrahiren:

neque mutus ... stipulationem contrahere possunt. l. 1. pr. l. c.

2) Ursprünglich mußten sich beide Kontrahenten derselben Sprache, und zwar wohl der römischen bedienen, später genügte es, daß die Kontrahenten einander verstanden:

utrum autem Latina an Graeca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus linguae habeat; nec necesse est, eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere: quin etiam duo Graeci latina lingua obligationem contrahere possunt. §. 1. J. 3. 16.

Eadem, an alia lingua respondeatur, nihil interest; proinde si quis latine interrogaverit, respondeatur ei graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est. Idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad graecum sermonem tantum protrahimus, an vero et ad alium, Poenum forte, et Assyrium, vel cujus alterius linguae, dubitari potest? Et scriptura Sabini: sed et verum patitur, ut

omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intelligat, sive per se, sive per verum interpretem. l. 1. §. 6. D. 45. 1.

Zum gegenseitigen Verständniß gehörte vor allem, daß Jeder den Andern hörte:

exaudire invicem debent. l. 1. pr. l. c.

Daher konnten Taube (surdus l. c.) nicht durch Stipulation kontrahiren.

Bei bonaefidei-Kontrakten genügte der consensus allein.

ideo autem istis modis consensu dicimus obligationem contrahi, quia neque verborum, neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt, consentire. l 2. §. 1. D. 44. 7.

namentlich waren Worte nicht erforderlich:

etiam tacite consensu convenire intelligitur. l. 2. pr. D. 2. 14.

conventiones etiam tacite valent. l. 4 pr. l. c.

Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamvis verbis hoc exprimi possit. l. 52. §. 9. D. 44. 7.

Sed et nutu solo pleraque consistunt. l. 52. §. 10. l. c.

insbesondere nicht, wenn es sich um die Annahme eines Vertragsantrages handelt:

si in locando, conducendo, vendendo, emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis, quam consensu con firmantur. l. 35. §. 2. D. 45. 1.

Natürlich ist hierbei überall vorausgesetzt, daß der Consentirende seinen consensus durch Handlungen oder Zeichen erkennbar gemacht hat.

Das A. L. R. sagt allgemein bezüglich aller Willenserklärungen 1. 4.:

§. 4. Die Willenserklärung muß gewiß oder zuverlässig sein.

§. 57. Willenserklärungen werden für gewiß oder zuverlässig angesehen, wenn die Absicht des Erklärenden .. durch Worte oder andere deutliche Zeichen ausgedrückt wird.

§. 58. Handlungen, aus denen die Absicht des Handelnden mit Zuverlässigkeit geschlossen werden kann, werden für stillschweigende Willensäußerungen angesehen.

§. 59. Stillschweigende Willensäußerungen haben mit den ausdrücklichen gleiche Kraft.

§. 60. Wo die Gesetze eine ausdrückliche Erklärung zu der rechtsgültigen Form des Geschäfts erfordern, ist eine stillschweigende Willenserklärung unkräftig.

und speziell bezüglich der Verträge: 1. 5.:

Die Erklärung 2c. 2c. heißt Versprechen, §. 2.

und

§. 78. Alles, was zur Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung überhaupt gehört, wird auch zur Gültigkeit der Annahme eines Versprechens erfordert.

§. 81. Handlungen, welche die Annahme eines Versprechens voraussetzen, werden einer ausdrücklichen Annahme gleich geachtet.

Das O. G. B. sagt:

Die Einwilligung in einen Vertrag muß bestimmt und verständlich erklärt werden. Ist die Erklärung unverständlich, ganz unbestimmt . . . so entsteht kein Vertrag. §. 869.

§. 863. Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen, sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Ueberlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

§. 65.

Stillschweigen auf einen Vertragsantrag bewirkt nur dann einen Vertrag, wenn das Gesetz dies ausnahmsweise ausdrücklich bestimmt.

Das A. L. R. bestimmt allgemein: 1. 4.:

§. 61. Bloßes Stillschweigen wird nur alsdann für Einwilligung geachtet, wenn der Schweigende sich erklären konnte, und vermöge der Gesetze dazu verbunden war.

Eine Anwendung macht es bei Vollmachtsaufträgen: 1. 13.:

§. 13. Personen, welche zu Besorgung gewisser Angelegenheiten öffentlich bestellet worden, können dieselben nicht anders als aus erheblichen Ursachen, die sie sogleich anzuzeigen schuldig sind, ablehnen.

§. 14. Verzögern sie ihre Antwort, so wird die Vollmacht für angenommen geachtet, und sie werden dem Machtgeber ebenso verhaftet, als wenn sie zur Uebernehmung des Auftrags sich ausdrücklich erklärt hätten.

§. 15. Auch diejenigen, welche aus Uebernehmung gewisser Arten von Aufträgen, gegen Belohnung, ein Gewerbe machen, sind, wenn sie dergleichen an sie ergehenden Auftrag ablehnen wollen, dem Machtgeber davon sofort Anzeige zu machen verbunden.

§. 16 Unterlassen sie dieses, so findet auch gegen sie die Vorschrift des §. 14. Anwendung.

§. 17. Die Fristen, binnen welcher dergleichen Personen (§. 13. 15.) über die Ablehnung eines ihnen geschehenen Auftrags sich erklären müssen, sind nach dem Titel V. §. 90 sqq. gegebenen Regeln zu bestimmen.

Das O. G. B. verordnet in ähnlicher Weise:

§. 1003. Personen, welche zur Besorgung bestimmter Geschäfte öffentlich bestellt worden, sind schuldig, über einen darauf sich beziehenden Auftrag ohne Zögerung gegen den Auftragenden sich ausdrücklich zu erklären, ob sie denselben annehmen oder nicht.

Dagegen wird nicht gesagt, daß im Falle der Unterlassung ein Vertrag zu Stande komme, sondern nur:

widrigenfalls bleiben sie dem Auftragenden für den dadurch veranlaßten Nachtheil verantwortlich.

Auch in einzelnen andern Fällen wird ein ausdrücklicher Widerspruch erfordert, um ein bestimmtes Rechtsverhältniß zu verhindern, namentlich:

1) einen Vollmachtsauftrag,
   a) wenn vermuthete Bevollmächtigte ein Geschäft schließen: §. 126. 127. I. 13. A. L. R.
   b) bei negotiorum gestio. l. 6. §. 2. l. 18. D. 17. 1. l. 60. D. 50. 17. §. 247. I. 13. A. L. R.
2) beim Bauen an der Grenze. §. 340. sqq. I. 9. A. L. R.

b. Zwischen Anwesenden und Abwesenden.

§. 66.

Verträge können nicht nur zwischen Anwesenden, sondern auch zwischen Abwesenden geschlossen werden.

Im Römischen Recht konnten Stipulationen nur zwischen Anwesenden geschlossen werden:

Item verborum obligatio inter absentes concepta inutilis est. §. 12. J. 3. 20.

si duo rei facti sint, eum, qui absens fuit, non teneri. l. 8. D. 45. 2.

Bei bonaefidei-Kontrakten galt dagegen der Grundsatz:

unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam, vel per nuntium. l. 2. §. 2. D. 44. 7.

Labeo ait, convenire posse vel re, vel per epistolam, vel per nuntium; inter absentes quoque posse. l. 2. pr. D. 2. 14.

Es ist also weder eine Grundansicht der Römer, es sei zur Abschließung eines Vertrages persönliche Zusammenkunft der Paciscen-

ten erforderlich, denn sie forderten dies nur bei Stipulationen, noch ist diese Ansicht in der Natur der Sache tief begründet, wie Koch meint II. 67.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 86. Verträge können nicht nur persönlich oder durch Bevollmächtigte, sondern auch durch Briefwechsel errichtet werden.

Das O. G. B. setzt diesen Satz als selbstverständlich voraus, und giebt nur Regeln für den Fall eines einem Abwesenden gemachten Vertragsantrages an. §. 862.

Ebenso setzt der Code Napoléon diesen Satz stillschweigend voraus.

B. Der Inhalt der Willenserklärung.

In der Regel muß der Inhalt des Vertrages in der Willenserklärung enthalten sein. In einzelnen Ausnahmefällen kommt ein Vertrag zu Stande, obwohl bezüglich des Inhalts keine Erklärung vorhanden ist.

§. 67.

Alle wesentlichen Punkte des Vertrages müssen durch die gegenseitige Erklärungen der Kontrahenten übereinstimmend festgestellt werden.

Es kommt also kein Vertrag zu Stande, wenn bezüglich eines wesentlichen Punktes auch nur Seitens eines Kontrahenten eine Erklärung nicht vorhanden ist, oder die Erklärung des einen Kontrahenten mit der des andern nicht übereinstimmt.

Im Römischen Recht wurde bei Stipulationen diese Uebereinstimmung dadurch bewirkt, daß der Inhalt der Verpflichtung in die Formel aufgenommen wurde, und zwar namentlich in die Frage:

neque enim necesse est, in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit. §. 5. J. 3. 20.

Es war dabei nicht nothwendig, daß die Worte einander entsprachen, es reichte aus, wenn nur die Worte ihrem Sinne nach zusammentrafen (congruenter responderi). Also:

sed et si in re, quae promittitur, aut personae appellatione varietur, non obesse placet. l. 65. §. 1. D. 45. 1.

si sub una significatione diversis nominibus ea res, quae in stipulatum deducitur, appellatur, non infirmat obligationem, si alter altero verbo utatur. l. 136. l. c.

Bei bonaefidei-Kontrakten reichte consensus in jeder Form aus:

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 83. Durch die Annahme kann Niemand mehr Recht erwerben, als von dem Andern angetragen worden.

und:

§. 84. Die Annahme muß unbedingt und uneingeschränkt sein, wenn dadurch der Abschluß des Vertrages erfolgen soll.

§. 85. Geschieht die Annahme nur unter Bedingungen oder Einschränkungen, so kann der Versprechende seinen Antrag zurücknehmen.

Das O. G. B. sagt:

Erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist, so entsteht kein Vertrag. §. 869.

Daß aber nur eine widersprechende Erklärung, welche einen wesentlichen Punkt des Vertrages betrifft, das Zustandekommen des Vertrages hindert, ist stillschweigend vorausgesetzt.

Der Code Napoléon enthält keine spezielle Bestimmung.

§. 68.

Wenn in entgeltlicher Absicht die Leistung bestimmter Handlungen verabredet wird, ohne den Betrag des Lohnes zu bestimmen, so gilt der Vertrag als auf den gewöhnlichen Lohn geschlossen.

Im Römischen Recht wird bestimmten Personen, welche ein Geschäft daraus, gegen Lohn Dienste zu leisten, eine Klage auf Zahlung des Lohnes gegeben, auch wenn kein Lohn bedungen war, so den praeceptores liberalium studiorum — mit Ausschluß der philosophi und juris civilis professores — den medici, obstetrices, ludi litterarii magistri, librarii, notarii, calculatores sive tabularii et caeteraeum artium opifices, sive actifices, quae sunt extra litteras vel notas positae, comites, advocati. D. 50. 13.

Wer dagegen anderweit ein Mandat übernahm, hatte keinen Anspruch auf Lohn:

mandatum, nisi gratuitum, nullum est. l. 1. §. 4. D. 17. 1.

ausgenommen, wenn ausdrücklich ein bestimmtes honorarium ausbedungen war:

si remunerandi gratia honor intervenit. l. 6. pr. l. c.

Selbst ein unbestimmtes Versprechen eines Lohnes hatte rechtlich keine Wirkung:

Salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat. l. 56. §. 3. l. c.

Es wird jedoch schon im Römischen Recht ein Fall erwähnt,

in welchem für verabredete und geleistete Handlungen ein nicht verabredetes Entgelt gefordert werden konnte. Es heißt:

si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio; si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur.

Es wird hier vorausgesetzt, daß der Vertrag eine Bestimmung bezüglich des Lohnes enthält. Demnächst aber wird der Fall erörtert, wenn bezüglich des Lohnes nichts bestimmt ist:

quodsi neque gratis hanc operam susceperis, neque protinus aut data, aut constituta sit merces,

aber die Absicht auf Zahlung eines Lohnes ging:

sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit (d. h. in der Voraussetzung späterer Vereinbarung über den Lohn).

Von diesem Falle heißt es:

placet, quasi de novo negotio in factum dandum esse judicium, id est praescriptis verbis. l. 22. D. 19. 5.

d. h. in Folge der Leistung wurde eine Klage ex contractu gegeben.

Das A. L. R. unterscheidet:

1) Den Vollmachtsauftrag.

Im Allgemeinen stimmt es mit dem Römischen Recht überein, indem es verordnet I. 13.:

§. 74. Unbedungene Belohnungen kann der Bevollmächtigte nur alsdann fordern, wenn:
1) die Gesetze selbst einen Preis dafür bestimmen, oder
2) die Ausrichtung solcher Geschäfte zu seinem ordentlichen Gewerbe gehört.

Abweichend vom Römischen Recht dagegen gestaltet es auch dann die Forderung einer nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Belohnung, wenn

eine Belohnung in unbestimmten Ausdrücken versprochen worden. §. 79.

also, wenn die Absicht der Entgeltlichkeit aus dem Vertrage selbst zu entnehmen ist.

2) Bezüglich der Verträge über Handlungen anderer Art unterscheidet es dagegen I. 11.:

§. 871. Ist diese Vergütung im Vertrage nicht hinlänglich bestimmt, so muß die fehlende Bestimmung nach dem Gutachten der Sachverständigen ergänzt werden.

In einem solchen Falle also besteht ein gültiger entgeltlicher Vertrag, und der mangelnde Betrag ist durch Sachverständige festzustellen.

Außerdem aber sagt es:

§. 872. Ist gar keine Vergütung bestimmt, so ist der Vertrag ohne rechtliche Wirkung, und es kann auf dessen Erfüllung nicht geklagt werden.

Zu einer solchen Unterscheidung fehlt ein genügender Grund. Ob die Vergütung gar nicht oder nicht hinlänglich bestimmt ist, das ist ganz gleich, vorausgesetzt, daß der Vertrag in entgeltlicher Absicht geschlossen ist. Ist das geschehen, so muß §. 872. eben so behandelt werden wie §. 871.

Das A. L. R. aber hat für letzteren Fall sich der Ansicht des Römischen Rechts bezüglich der Innominatkontrakte angeschlossen, indem es, wenn der, welcher die Handlung übernommen hatte, sie wirklich geleistet hat, demselben eine Klage aus dem Vertrage auf Zahlung des Lohnes giebt, und zwar des g ewöhnlichen Lohnes, wenn die Handlung zu seinen gewöhnlichen Nahrungs- und Berufsgeschäften gehört, und nach dem niedrigsten Satze, wenn der Handelnde nicht unter diese Klasse gehört. §§. 873. 874.

Es dürfte angemessen sein, in allen Fällen den gewöhnlichen Lohn zu bewilligen.

Das O. G. B. erwähnt:

1) beim Vollmachtsauftrage den Fall,

wenn für die Besorgung eines Geschäfts nach dem Stande des Geschäftsträgers auch nur stillschweigend eine Belohnung bedungen wird. § 1004.

d. h. wenn nach dem Stande des Geschäftsträgers eine Belohnung gewöhnlich ist, so gilt sie stillschweigend als bedungen.

Es sagt aber noch:

§. 1013. Gewalthaber sind, außer dem in §. 1004. enthaltenen Falle nicht befugt, ihrer Bemühung wegen eine Belohnung zu fordern.

2) Bei Dienstleistungen anderer Art stellt es den Grundsatz auf:

Sobald Jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt, so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn eingewilligt habe. Ist der Lohn weder durch Verabredung, noch durch ein Gesetz festgesetzt, so bestimmt ihn der Richter. §. 1152.

Der in entgeltlicher Absicht, ohne Verabredung bezüglich des Lohnes geschlossene Lohnvertrag ist also gültig, wird also nicht erst in Folge der Leistung der Handlung gültig.

Außerdem sagt das O. G. B. noch:

§. 1163. Die hier aufgestellten Vorschriften gelten auch von Rechtsfreunden, Aerzten und Wundärzten, Faktoren, Provisoren, Künstlern, Lieferanten und anderen Personen, welche

sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen haben.

Der Code Napoléon erwähnt beim Mandat nur die Verpflichtung:

payer ses salaires, lorsqu'il en a été promis. Art. 1999.

und bei louage d'ouvrage nur die Verpflichtung zur Zahlung des

prix convenu, prix déterminé. Art. 1710. 1711.

Der hierher gehörige Fall wird nicht hervorgehoben.

§. 69.

Wer als Gastwirth, Fuhrmann oder Schiffer Personen beherbergt oder zum Zwecke der Reise aufnimmt, überkommt auch ohne Verabredung die Verpflichtung, für deren mitgebrachte Sachen zu haften.

Im Römischen Recht heißt es:

Ait praetor: nautae, caupones, stabularii quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo. l. 1. pr. D. 4. 9.

d. h.

quamcunque rem, sive mercem receperint. l. 1. §. 6. l. c.

omnia, quae in navem illatae sunt. l. 1. §. 8. l. c.

natürlich kann durch ausdrückliche Einigung etwas anderes verabredet werden:

Item si praedixerit, ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur. l. 7. pr. l. c.

Gleiche Grundsätze enthalten die neueren Gesetzbücher.

Das A. L. R. bezüglich

der Gastwirthe §. 444. ff. 448. II. 8.

der Schiffer §. 1528. 1734. 1761. II. 8.

der Fuhrleute §. 2452. ff. II. 8.

Das O. G. B. bezüglich der Wirthe, Schiffer oder Fuhrleute §. 970. 1316.

Der Code Napoléon bezüglich der aubergistes ou hôteliers Art. 1952. und voituriers par terre et par eau Art. 1782. ff.

C. Der Abschluß des Vertrages durch die gegenseitig erklärte Zustimmung zum Vertrage.

Ob durch die gegenseitig erklärte Willensübereinstimmung ein Vertrag zu Stande gekommen ist, kann in dem Falle zweifelhaft

sein, wenn die gegenseitige Erklärung nicht als einziger Akt erscheint, sondern zwischen dem Anerbieten und der Annahme eine Zeitfrist liegt.

Dies ist namentlich der Fall, wenn ein Vertragsantrag einem Abwesenden gemacht wird.

Hat der Antragende eine Frist zur Annahme bestimmt, so kommt der Vertrag natürlich nur zu Stande, wenn die Frist innegehalten wird.

Hat eine solche Fristbestimmung nicht stattgefunden, so kann der Zweifel in zweifacher Weise erledigt werden, nämlich entweder dadurch, daß die Entscheidung dem Richter überlassen wird, ohne ihn an bestimmte Normen zu binden, oder dadurch, daß das Gesetz bestimmte Grundsätze feststellt, welche zur Norm der Entscheidung dienen. Letzteres ist entschieden das Angemessenere. Denn nur wenn dies geschieht, können die Betheiligten selbst beurtheilen, ob ein Vertrag zu Stande gekommen ist oder nicht, während entgegengesetzten Falles die Entscheidung des Richters nur nach dessen subjektiver Ansicht erfolgt, also den Betheiligten gegenüber eine willkührliche ist.

Wenn also das Römische Recht, und nach ihm der Code Napoléon, die Frage über die Zeit der Acceptation nirgend auch nur im Entferntesten berührt, so ist darin keineswegs, wie Koch meint II. 68., ein Vorzug des Römischen Rechts zu finden. Dagegen ist es allerdings wesentlich, daß die vom Gesetz aufgestellten Normen sachgemäß seien.

Sie sind dies, wenn sie den im bürgerlichen Verkehr gewöhnlichen Lauf der Dinge zur Norm nehmen.

Von diesem Gesichtspunkt aus ergeben sich folgende Unterschiede:

1) Nur wenn die Betheiligten sich in unmittelbarer Nähe bei einander, also an Einem Orte, befinden, kann ein absolut bestimmter Zeitraum zur Norm genommen werden, weil nur in solchen Fällen mit Sicherheit anzunehmen ist, binnen bestimmter Frist sei eine Antwort möglich.

2) Für alle übrigen Fälle würde die Festsetzung einer absolut bestimmten Frist unpassend sein. Dagegen ist:

   a) wenn zwischen den bezüglichen Orten ein nach bestimmten Zeitabschnitten genau geregelter Postverkehr stattfindet, unter zu Grundlegung desselben möglich, genau zu berechnen, wann die Antwort eingehen kann. Es rechtfertigt sich daher die Feststellung eines relativ bestimmten Zeitraums zur Abgabe der Antwort.

   b) In Ermangelung einer derartigen Verbindung, oder wenn der Antragende ein anderes Mittel der Beförderung wählt, ist eine so genaue Fristbestimmung, wie in den vorstehenden Fällen, nicht möglich, sondern nur

eine Berechnung nach Wahrscheinlichkeit. In der Beschaffenheit des gewählten Mittels liegt eine gewisse Unsicherheit.

Wer ein solches Beförderungsmittel wählt, der überkommt die Gefahr der Uebersendung, nämlich in folgendem Sinne:

1) Die Uebersendung des Antrags an den Andern geschieht immer auf Gefahr des Antragenden, d. h. der Andere hat das Recht zur Annahme, auch wenn der Antrag verspätet eingeht. Das Recht zur Annahme ist also durch keine bestimmte Frist beschränkt, sondern nur durch den Eingang des Antrags bedingt.

2) Die Uebersendung der Antwort geschieht:

   a) auf Gefahr des Antragenden, wenn die Uebersendung nach der Anweisung des Antragenden erfolgt, nämlich in dem Sinne, daß der Vertrag schon durch die Uebergabe der Annahme-Erklärung an die zur Beförderung beauftragte Person zu Stande kommt;

   b) auf Gefahr des Absenders der Antwort, wenn er selbst das Beförderungsmittel wählte, nämlich in dem Sinne, daß der Vertrag nur zu Stande kommt, wenn die Annahme-Erklärung gehörig zur Kenntniß des Antragenden gebracht wird.

Ungewöhnliche Verspätung des Eingangs der Antwort für sich allein verhindert in dem Falle ad b. nicht das Zustandekommen des Vertrages, sondern giebt dem Antragenden nur das Recht, den Antrag zu widerrufen, so lange der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen ist.

Natürlich wirkt der Widerruf erst in dem Augenblick, wo er zur Kenntniß des Andern kommt. Ist in diesem Augenblick der Vertrag schon zu Stande gekommen, so ist der Widerruf wirkungslos.

Es ist zu handeln:

α) von der Frist zur Annahme eines Vertragsantrages,

β) von dem Widerruf eines Vertragsantrages.

In gewissen Fällen erwirbt derjenige, welchem ein Vertragsantrag gemacht wird, sofern der Vertrag nicht zu Stande kommt, einen Anspruch auf Entschädigung. Dieser Anspruch beruht, da durch den Vertragsantrag noch kein Rechtsverhältniß entsteht, nicht auf dem Prinzip des strengen Rechts. Es würde also von diesem Anspruch erst später zu handeln sein, vor der Lehre der Ansprüche aus nichtigen Verträgen. Er ist jedoch der Bequemlichkeit wegen gleich hier miterwähnt.

1. Frist zur Annahme eines Vertragsantrages.

§. 70.

Ein Vertrag kommt nur dann zu Stande, wenn derjenige, welchem ein Vertragsantrag gemacht wird, die Annahme innerhalb der vom Antragenden bestimmten Frist oder, in Ermangelung einer derartig bestimmten Frist, innerhalb der gesetzlich bestimmten Frist erklärt.

Daher sagt das A. L. R. 1. 5.:

§. 90. Die Annahme eines Versprechens muß, wenn sie gegen den Versprechenden verbindliche Kraft haben soll, zur gehörigen Zeit geschehen.

Zunächst entscheidet natürlich der einseitig erklärte Willen des Antragenden. Denn der Andere hat kein Recht, gegen den ihm erklärten Willen des Antragenden den Antrag anzunehmen.

Daher sagt das A. L. R. 1. 5.:

§. 91. Hat der Antragende einen gewissen Zeitraum zur Erklärung über den Antrag bestimmt, so ist der Andere bis zum völligen Ablauf dieses Zeitraums zur Annahme berechtigt.

Das O. G. B. setzt diesen Satz stillschweigend voraus, indem es nur Regeln giebt für den Fall:

wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden ist. §. 862.

§. 71.

Auch wenn der Antragende zugleich mit dem Antrage die Frist zur Erklärung über den Antrag bestimmt oder dem Gutbefinden des Andern überlassen hat, ist er doch, so lange der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen ist, berechtigt, die Frist zur Annahme willkührlich zu ändern oder zu bestimmen.

Doch bleibt er für den aus einer solchen Aenderung dem Andern entstehenden Schaden verantwortlich.

Es ist hier natürlich nicht der Fall gemeint, wenn die Frist zur Erklärung durch Vertrag bestimmt ist. Es ist hier nur von einem Vertragsantrage mit einseitiger Fristbestimmung die Rede.

Weil es sich nur um eine einseitige Erklärung handelt, hat der Erklärende das Recht, seine Erklärung nach Willkür zurückzuneh-

men oder abzuändern, so lange der Vertrag noch nicht zu Stande gekommen ist.

Daher sagt das A. L. R. ganz richtig:

§. 92. Hat der Antragende die Zeit zur Erklärung über den Antrag dem Gutbefinden des Andern überlassen, so kann er dennoch, wenn der andere zögert, demselben eine Frist zur Annahme bestimmen.

Unrichtig ist dagegen die Bestimmung:

§. 93. Ist jedoch die Bedenkzeit ausdrücklich zu einem gewissen Zwecke verstattet worden, so muß die zu bestimmende Frist so beschaffen sein, daß innerhalb derselben der Zweck erreicht werden könne.

Diese Bestimmung wäre nur dann richtig, wenn der Antragende durch seinen Antrag verpflichtet würde, so lange, bis der Zweck erreicht werden kann, seinen Willen nicht zu ändern. Eine solche Verpflichtung aber besteht nicht, wenn sie nicht durch Vertrag begründet wird. Der Antragende kann vielmehr seinen Willen jederzeit willkührlich ändern. Natürlich aber ist die Willensänderung allein ohne Einfluß. Die Willensänderung muß auch dem Andern gehörig bekannt gemacht und bekannt geworden sein. Dagegen giebt eine willkührliche Aenderung dem Andern ein Recht, Entschädigung zu verlangen, wenn ihm durch die Aenderung ein Schaden zugefügt ist.

Auch die Bestimmung des A. L. R. 1. 5.:

§. 101. Geschieht der Antrag einer Corporation oder Gemeine, so muß der Antragende auf die Erklärung derselben so lange Zeit warten, als erforderlich ist, daß über den Antrag ein verfassungsmäßiger Entschluß genommen und ihm bekannt gemacht werden kann.

ist in dem Sinne, daß der Antragende vor Ablauf dieser Frist zum Widerruf nicht berechtigt sei, unrichtig; richtig dagegen in dem Sinne, daß durch die Annahme innerhalb der so zu berechnenden Frist der Vertrag zu Stande kommt.

a. Frist unter Anwesenden.

§. 72.

Die Erklärung über Annahme eines einem Anwesenden gemachten Vertragsantrages muß sogleich erfolgen.

Das Römische Recht erörtert diesen Fall bei den Stipulationen. Der allgemeine Grundsatz ist:

continuus actus stipulantis et promittentis esse debet. l. 137. pr. D. 45. 1.

Daraus folgte einerseits:

1) Zwischen Frage und Antwort durfte kein der Stipulation fremdes Rechtsgeschäft vorgenommen werden:

caeterum si post interrogationem aliud agere ceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spopondissit. eod. l. c.

modicus actus, qui modo contrarius obligationi non sit, nihil impedit, quominus duo rei sint. l. 6. §. 3. D. 45. 2.

2) Die Antwort mußte noch an demselben Tage erfolgen:

..ac ne obligatum quidem intelligi eum, qui postera die responderit. l. 12. pr. D. 45. 2.

Dagegen waren anderweite unerhebliche Unterbrechungen nicht von Einfluß:

ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit. l. 137. pr. D. l. c.

intervallum enim medium (modicum intervallum temporis) non vitiat obligationem. l. 1. §. 1. l. c. l. 6. §. 3. D. 45. 2.

Selbst eine zeitweilige Entfernung konnte ohne Folgen bleiben:

qui praesens interrogavit, si, antequam sibi responderetur, discessit, inutilem efficit stipulationem. Sin vero praesens interrogaveris, mox discessit, et reverso responsum est, obligat. l. 1. §. 1. D. 45. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 94. Ist bei dem Antrage wegen der Zeit der Annahme gar nichts bestimmt worden, so muß die Erklärung über einen mündlichen Antrag sogleich, als derselbe geschehen ist, abgegeben werden.

Das O. G. B.:

§. 862. Wenn zur Annahme des Versprechens kein Zeitraum bedungen worden, so muß ein mündliches Versprechen ohne Verzug angenommen werden.

b. Frist unter Abwesenden.

α. An demselben Ort.

§. 73.

Die Erklärung auf einen einem Abwesenden brieflich gemachten Antrag muß, sofern sich beide Personen an Einem Ort aufhalten, dem Antragenden binnen 24 Stunden nach Eingang des Briefes zugestellt werden.

Diesen Sinn hat die Bestimmung des A. L. R. 1. 5.:

§. 95. Ist unter Personen, die an Einem Orte sich auf-

halten, der Antrag schriftlich geschehen, so muß die Erklärung darüber binnen 24 Stunden erfolgen;

d. h. nicht bloß von dem Erklärenden binnen dieser Frist abgegeben, sondern auch dem Antragsteller binnen dieser Frist zugestellt werden.

Daher sagt das O. G. B.

Bei dem schriftlichen Versprechen, wenn beide Theile sich an demselben Ort befinden, muß die Annahme in 24 Stunden erfolgen und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden.

Es ist aber nicht unbedingt nöthig, daß der Antragsteller wirklich Kenntniß nimmt von der Erklärung. Es reicht aus, wenn nur die Erklärung zur rechten Zeit und in gehöriger Weise bei dem Antragsteller eintrifft. Eine ihm zur Last fallende Versäumniß giebt ihm kein Recht, den Vertrag als nicht zu Stande gekommen zu behaupten.

β. An verschiedenen Orten.

αα. Uebersendung des Antrages durch die Post.

§. 74.

Beim Briefwechsel zwischen verschiedenen Orten durch die Post muß die Antwort innerhalb der Frist eingehen, welche nach dem regelmäßigen Postenlauf dazu erforderlich ist, wenn dem Addressaten eine 24stündige Frist zur Antwort gelassen wird.

In einem solchen Falle ist das Mittel der Beförderung der geregelte Postenlauf. Der Antragende kann daher mit Recht voraussetzen, daß innerhalb der danach zu berechnenden Frist die Antwort eingehe. Nur in diesem Sinne, unter dieser Voraussetzung macht er den Antrag.

Bei Berechnung dieser Frist ist jedoch nicht der wirklich stattgehabte, sondern nur der allgemein geregelte Postenlauf maaßgebend.

Nur unter zu Grundlegung des letzteren kann der Antragende die Frist genau berechnen; wie die Posten wirklich werden gegangen sein, das kann er im Voraus nicht wissen.

Es ist auch hier, wie immer, das Gewöhnliche, das ist der geregelte Postenlauf, zur Norm zu nehmen. Ungewöhnliche Fälle können nicht beachtet werden. Will dies der Antragende, so ist es seine Sache, sich darüber zugleich mit dem Antrage zu erklären. Es ist aber bei Berechnung der Frist dem Addressaten eine 24stündige Frist zur Antwort zu belassen. Daß ihm eine Frist zur Antwort bleiben muß, ist klar, es kommt daher nur darauf an, die Frist gehörig zu bestimmen.

Die Gesetzbücher thun dies in der Art, daß sie die zweitabge-

hende Post zur Norm nehmen. Dies ist nicht angemessen. Folgt die zweitabgehende Post in sehr kurzer Frist nach der erst abgehenden, z. B. in einer Stunde, so ist die Frist zu kurz. Geht dagegen die zweite Post erst nach sehr langer Zeit ab, z. B. erst nach vier Wochen, so ist die Frist unnöthig lang.

Eine 24stündige Frist muß, als das Gewöhnliche, zur Norm genommen werden. Will der Antragende eine andere Frist bestimmen, so ist es seine Sache, dies mit dem Antrage zu erklären. Geht innerhalb der hiernach zu berechnenden Frist die Antwort ein, so ist der Vertrag zu Stande gekommen. Geht sie innerhalb dieser Frist nicht ein, so bewirkt auch der spätere Eingang der Antwort keinen Vertrag.

Unter Eingang des Briefes ist die Abgabe des Briefes Seitens der Post an den Addressaten in gesetzlicher Weise zu verstehen. Läßt Addressat die Briefe von der Post abholen, so genügt die Ankunft des Briefes auf der Post, und wenn der Antragende die Abholung in gehöriger Weise verabsäumt, so ist dies ohne Einfluß. Nur, wenn auf gehöriges Erfordern der Brief von der Post nicht übergeben wird, so hat dies dieselbe Wirkung, wie wenn der Brief von der Post nicht gehörig abgegeben wird, d. h. der Vertrag ist nicht zu Stande gekommen.

Abgesehen von der dem Addressaten zu lassenden Frist gehen die Gesetzbücher von vorstehenden Grundsätzen aus; jedoch werden sie dadurch unklar, daß sie nicht deutlich angeben, ob der geregelte Postenlauf oder der wirklich stattgehabte Postenlauf entscheiden soll.

Das A. L. R. sagt: I. 5.:

§. 96. Ist der Antrag unter Abwesenden schriftlich geschehen, so kommt es auf den Zeitpunkt an, da der Brief an dem Orte, wo der Andere sich aufhält (gemeint ist jedenfalls: wohin der Brief addressirt ist) nach dem gewöhnlichen Laufe der Posten hat eingehen können.

Hier ist sicherlich an den regelmäßigen Postenlauf gedacht, also nicht an den etwa ungewöhnlich vor sich gehenden wirklichen Postenlauf.

Dann heißt es weiter:

§. 37. Mit der nächsten fahrenden oder reitenden (? nicht auch anderen?) Post, welche nach diesem Zeitpunkt abgeht, muß der Antrag beantwortet werden.

Hier hat man an die nach dem wirklichen Eingang des Briefes wirklich abgehende Post gedacht. Schließlich aber folgt die entscheidende Bestimmung:

§. 98. Doch ist, wenn mit der ersten Post keine Antwort erfolgt, der Antragende schuldig, noch den nächstfolgende Posttag, wegen möglicher Zwischenfälle, abzuwarten.

Unter dem Ausdruck, der nächstfolgende Posttag, ist wohl die

nächstfolgende Post gemeint. An die Fälle, wo mehrere Posten an einem Tage ankommen, dachte man damals nicht.

Zweifelhaft aber lassen die Worte, ob nur die nach dem regelmäßigen Postenlauf zu berechnende Frist, oder ob das wirkliche Eintreffen der bezüglichen Post abzuwarten ist. Doch ist ersteres anzunehmen, da nicht von der nächsteintreffenden Post die Rede ist, sondern vom nächstfolgenden Posttag.

Das O. G. B. sagt kürzer:

> Wenn sich beide Theile an einem andern Ort befinden, muß die Annahme innerhalb jenes Zeitraumes, welcher zur zweimaligen Beantwortung nöthig ist, erfolgen und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden.

Es ist hierbei jedenfalls an den gewöhnlichen, geregelten Postenlauf gedacht, also nicht an den etwa ungewöhnlich vor sich gegangenen.

Unter den Worten:

> und dem versprechenden Theile bekannt gemacht werden,

aber ist nicht die Abgabe des Antwortschreibens an die Post, sondern die Abgabe des Briefes von der Post an den Addressaten zu verstehen.

Daß eine verspätet eingehende Antwort keine rechtliche Wirkung hat, drückt das A. L. R. durch die Worte aus:

> Der Antragende kann zurücktreten. §. 103. 1. 5.

und das O. G. B. bestimmter:

> Das Versprechen ist erloschen. §. 862.

Es kann noch die Frage entstehen:

> Ob der Vertrag zu Stande kommt, wenn die Antwort durch Anwendung ungewöhnlicher Mittel innerhalb der bestimmten Frist zur Kenntniß des Antragenden gebracht wird?

Zunächst ist soviel klar, daß, wenn der, welchem der Antrag gemacht ist, die ihm zu Statten kommende Frist von 24 Stunden innehält und nur die Post außerordentliche Mittel anwendet, diese Frage zu bejahen ist.

In Frage kann nur kommen:

> Ob, wenn der, welchem der Antrag gemacht ist, die rechtzeitige Abgabe der Antwort an die Post unterläßt, er noch berechtigt ist anzunehmen, sofern er nur dafür sorgt, daß der Antragende innerhalb der bestimmten Frist von der Antwort Kenntniß erlangt?

Möglicher Weise kann ein derartiges Abwarten und demnächstiges beschleunigtes Befördern der Antwort für den, welchem der Antrag gemacht ist, von großer Wichtigkeit sein.

Man wird ihm jedoch diesen Vortheil lassen müssen, weil der Antragende eben nur voraussetzen konnte, daß er innerhalb der bestimmten Frist Antwort erhält, und der Andere dieser Voraussetzung entsprochen hat. Will der Antragende den Andern verpflichten, daß

er binnen einer bestimmten Frist die Erklärung abgiebt, so ist es seine Sache, dies zugleich mit dem Antrage zu erklären.

Daß nach dem O. G. B. diese Frage zu bejahen ist, folgt daraus, weil das O. G. B. nur die Frist bestimmt, binnen welcher die Antwort beim Antragsteller eingegangen sein muß.

Zweifelhafter ist die Sache nach dem A. L. R., weil dasselbe die Post bestimmt, mit welcher der Antrag beantwortet sein muß. Man kann also folgern, daß eine spätere Antwort ohne rechtliche Wirkung sei. Da jedoch das A. L. R. den Antragsteller unbedingt verpflichtet, wegen möglicher Zwischenfälle den nächsten Posttag abzuwarten, und ihm das Recht zum Rücktritt nur nach Ablauf der so zu berechnenden Frist gestattet, so muß man auch nach dem A. L. R. jene Frage bejahen. Der §. 97. enthält daher keine das zu Stande kommen des Vertrages bedingende Vorschrift, sondern nur eine Anweisung zur Berechnung der Frist und die das Zustandekommen des Vertrages bedingende Vorschrift ist erst im §. 98 enthalten.

Zu bemerken ist dabei noch, daß die vorstehenden Bestimmungen in dem Falle nicht in Anwendung zu bringen sind, wenn der Briefwechsel zwischen Personen stattfindet, die sich an demselben Ort befinden.

ββ. Uebersendung des Antrages durch andere Gelegenheit.

§. 75.

Wenn der Antragende den Antrag durch andere Gelegenheit übersendet, so muß die Antwort innerhalb der Frist eingehen, welche nach dem regelmäßigen Postenlauf dazu erforderlich ist, wenn dem Addressaten nach dem wirklichen Eingang des Antrages eine 24-stündige Frist zur Antwort gelassen wird.

Wer sich nicht des geregelten Verkehrsmittels bedient, thut dies auf seine Gefahr. Deshalb wird nicht der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu berechnende wahrscheinliche Moment des Eingangs des Antrages zur Norm genommen, sondern der Augenblick des wirklichen Eingangs.

Bleibt die Antwort wider Erwarten lange aus, so ist es Sache des Antragenden zu ermitteln, ob sein Antrag verspätet eingegangen oder verspätet beantwortet ist.

Nur im Falle verspäteter Beantwortung kommt kein Vertrag zu Stande.

Im Falle rechtzeitiger Beantwortung kommt der Vertrag zu Stande, wenn nur die Antwort rechtzeitig eingeht. Ob ein Vertrag zu Stande gekommen ist oder nicht, das kann der Antragende

also erst wissen, wenn er in Erfahrung bringt, wann sein Antrag einging.

Die hierin für ihn liegende Gefahr hat er selbst zu tragen, weil er sich nicht des geregelten Verkehrsmittels bediente.

γγ. Eingang der Antwort.

§. 76.

In Ermangelung regelmäßiger Postverbindung kommt der Vertrag zu Stande, wenn die Antwort innerhalb 24 Stunden nach Eingang des Antrages abgesendet wird und die Antwort beim Antragenden eingeht.

Daß in einem solchen Falle zur Absendung der Antwort eine 24stündige Frist festgestellt wird, dürfte sich rechtfertigen.

Ist diese Frist innegehalten, so kommt es ferner nur darauf an, ob die Antwort überhaupt eingeht, also nicht auf weitere Innehaltung einer Frist.

δδ. Abgabe der Antwort an die vom Antragsteller bestimmte Gelegenheit.

§. 77.

Wenn der Antragende eine andere Gelegenheit zur Uebersendung der Antwort bestimmt hat, so kommt der Vertrag zu Stande, wenn die Annahme-Erklärung nach der Anweisung des Antragenden dieser Gelegenheit gehörig übergeben wird.

In einem solchen Falle übernimmt der Antragende die Gefahr der Uebersendung der Antwort. Deshalb kommt der Vertrag schon zu Stande, wenn nur die Antwort der bestimmten Gelegenheit gehörig übergeben ist. Die Uebergabe der Antwort an die vom Antragenden bestimmte Gelegenheit hat also dieselbe Wirkung, wie sonst der Eingang der Antwort bei dem Antragenden. Ob die Antwort wirklich an den Antragenden gelangt oder nicht, ist gleichgültig.

In einem solchen Falle hat der Antragende gegen die übernommene Gefahr kein anderes Schutzmittel als Erkundigung bei dem Andern, ob er den Antrag angenommen hat oder nicht.

Nur wenn der Antrag noch nicht angenommen ist, kann der Antragende anderweite Bestimmung treffen. Dagegen hat er kein Recht von dem Antrage zurückzutreten, wenn der Antrag bereits angenommen ist.

Hierher gehört der Fall, wenn der Antragende einen Boten sendet, welcher den Antrag und die Antwort überbringen soll.

In einem solchen Falle kommt der Vertrag zu Stande, wenn die Annahmeerklärung dem Boten gehörig übergeben wird.

Das A. L. R. behandelt diesen Fall in gleicher Weise wie den Fall des Briefwechsels durch die Post, indem es bestimmt I. 5.:

> §. 99. Ist der schriftliche Antrag durch einen eigenen Boten geschehen, so muß der Antragende den längsten Zeitraum, binnen welchem ein solcher Bote ohne gewöhnliche Zwischenfälle zurückkommen kann, abwarten.

und

> §. 100. Kommt der Bote in diesem Zeitraume nicht zurück, so muß der Antragende den Andern davon benachrichtigen, und ihm zugleich eröffnen, ob er noch ferner an den Antrag gebunden sein wolle.

Das A. L. R. giebt also dem Antragenden nach Ablauf der Frist unbedingt das Recht, den Antrag zurückzunehmen, während er ein solches Recht nur in dem Falle haben kann, wenn er den Antrag wiederruft, ehe der Vertrag durch Uebergabe der Antwort an den Boten zu Stande gekommen ist.

Unrichtig ist Kochs Ansicht:

> daß auch noch eine 24stündige Bedenkzeit zuzurechnen. II. 74.

Wer einen Boten absendet, dessen Sache ist es, denselben mit Instruktion zu versehen, wie lange er warten soll. Unterläßt er dies oder die Bekanntmachung der Frist an den Andern, so kommt der Vertrag zu Stande, wenn nur die Antwort überhaupt dem Boten übergeben wird.

εε. Anspruch auf Entschädigung.

§. 78.

Wenn ungeachtet der rechtzeitigen Abgabe der Antwort ein Vertrag nicht zu Stande kommt, weil die Antwort nicht rechtzeitig eingeht, so erwirbt der Antwortende, welcher im Glauben, daß der Vertrag zu Stande gekommen sei, Anstalten zur Erfüllung macht, einen Anspruch auf Entschädigung, insofern der Antragende schuldbarer Weise verabsäumt, alsbald nach Ablauf der bestimmten Frist den Andern von dem Ausbleiben der Antwort zu benachrichtigen.

Vorstehender Satz kann nur Anwendung finden, wenn die Frist zur Abgabe der Antwort von der Frist zum Eingang der Antwort

verschieden ist. Daß in einem solchen Falle ein Anspruch auf Entschädigung entsteht, hat darin seinen Grund, weil von beiden Seiten Alles geschehen ist, um den Vertrag zu Stande zu bringen, aber nur der Antragende weiß, daß der Vertrag nicht zu Stande gekommen ist. Er wird deshalb durch das Gesetz verpflichtet, seine Wissenschaft zur Kenntniß des Andern zu bringen. Unterläßt er dies, so wird er für den Schaden verantwortlich, den der Andere in Folge seines gerechtfertigten Irrthums leidet.

Das A. L. R. verordnet daher:

§. 103. Sobald aber die vorstehend bestimmten Fristen zur Erklärung über den Antrag fruchtlos verlaufen sind, kann der Antragende zurücktreten.

Es ist hier nur von einem einseitigen Recht zum Rücktritt die Rede.

Es kann aber nicht ein Vertrag für einen Theil zu Stande gekommen und für den andern Theil nicht zu Stande gekommen sein. Das O. G. B. sagt daher richtiger:

Das Versprechen ist erloschen. §. 862.

Im übrigen aber bestimmt das A. L. R.:

§. 104. Er muß jedoch demjenigen, welchem der Antrag geschehen ist, unter Gegenwärtigen (d. h. die sich an demselben Ort aufhalten) sofort, unter Abwesenden aber mit der nächsten Post Nachricht geben, daß er den Antrag zurücknehme.

§. 105. Hat er dieses unterlassen, und es findet sich in der Folge, daß der Annehmende seine Annahme wirklich zur rechten Zeit erklärt habe, so muß er demselben für den Schaden, welcher aus den zur Erfüllung des Vertrages gemachten Anstalten in der Zwischenzeit erwachsen ist, gerecht werden.

Es setzt also das A. L. R. voraus, daß ein Vertrag nicht zu Stande gekommen ist. Erklärt der Antragende, daß er ungeachtet der ausgebliebenen Antwort noch an den Antrag gebunden sein wolle, so liegt hierin eine Verlängerung der dem Andern zustehenden Frist. Geht also innerhalb dieser Frist die Antwort ein, so kommt der Vertrag zu Stande.

Nicht darin also liegt, wie Koch meint, der entscheidende Moment:

ob beim Eintreffen der Antwort der Antragende seinen Willen geändert hat oder nicht. II. 72. 73.

Denn eine nicht kundgegebene Willensänderung ist unerheblich, sondern es kommt darauf an, ob der Antragende durch eine gehörige Willenserklärung die Frist zur Annahme verlängert hat und während dieser Frist die Antwort eingeht.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

2. Zeit des Vertrags-Abschlusses.

§. 79.

Ein wirklich zu Stande gekommener Vertrag gilt in dem Augenblick als abgeschlossen, in welchem der Annehmende Alles gethan hat, was zur Bekanntmachung der Antwort an den Antragenden erforderlich ist.

Dieser Moment ist also:

1) beim Briefwechsel durch die Post die Uebergabe des Briefes an die Post;
2) bei der Antwort durch eine vom Antragsteller bestimmte Gelegenheit die Uebergabe der Antwort an die bestimmte Gelegenheit.
3) wenn die Auswahl der Gelegenheit dem Antwortenden überlassen ist, die Uebergabe der Antwort an die gewählte Gelegenheit.

Das A. L. R. verordnet richtig: I. 5.

§. 102. In allen Fällen, wo nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, wird dafür gehalten, daß die Annahme in dem Zeitpunkte geschehen sei, wo der Annehmende Alles gethan hatte, was von seiner Seite zur Bekanntmachung seiner Erklärung an den Antragenden erforderlich war.

§. 80.

Wenn jedoch der Annehmende durch Anwendung selbstgewählter Mittel bewirkt, daß ungeachtet verspäteter Abgabe der Annahmeerklärung in Folge rechtszeitigen Eintreffens der Antwort der Vertrag zu Stande kommt, so gilt als der Zeitpunkt des abgeschlossenen Vertrages der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu berechnende voraussetzliche letzte Moment zur Abgabe der Erklärung.

Wem ein Vertragsantrag gemacht wird, der kann zwar auch noch nach dem letzten voraussetzlichen Moment zur Abgabe der Annahmeerklärung das Zustandekommen des Vertrages bewirken, wenn er dafür sorgt, daß die Annahme-Erklärung dem Antragenden rechtzeitig bekannt wird.

Daraus aber folgt nicht, daß er auch den Moment des Vertragsabschlusses über den zur Abgabe der Annahme-Erklärung vorausgesetzten letzten Augenblick hinausschieben kann.

Der Antragende geht nämlich, und zwar ganz mit Recht, von der Voraussetzung aus, daß, wenn überhaupt ein Vertrag zu Stande kommt, der letzte, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu berechnende Moment zur Abgabe der Annahme-Erklärung der Moment ist, in welchem spätestens der Vertrag zu Stande gekommen ist. Nur in dieser Voraussetzung, d. h. also nur unter dieser Bedingung machte er den Antrag.

Der Andere ist also auch nur berechtigt, den Antrag so anzunehmen, wie er ihm gemacht worden ist, d. h. unter der Bedingung, unter welcher ihm der Antrag gemacht wird. Er ist nicht berechtigt, durch eine verspätet abgegebene Annahme-Erklärung den Vertrag anders zum Abschluß zu bringen, als er nach der gerechtfertigten Voraussetzung des Antragenden zum Abschluß gebracht werden sollte. Wollte man ihm dies gestatten, so hatte er das Recht, den Vertrag gegen den Willen des Antragenden nach einseitiger Willkühr und gegen die vom Antragenden gestellte Bedingung abzuschließen, und also den Antragenden zu hintergehen.

3. Widerruf des Vertragsantrages.

§. 81.

Der Widerruf des Antrages Seitens des Antragenden verhindert das Zustandekommen des Vertrages nur dann, wenn er dem Andern gehörig bekannt gemacht und rechtzeitig zu dessen Kenntniß kommt.

Es ist also zweierlei nöthig:

1) Der Widerruf muß dem Andern gehörig bekannt gemacht werden. Es genügt also keineswegs, wie Koch sagt, ein bloßes Bekanntwerden der Aenderung des Willens des Antragenden, II. 71.

2) Der Widerruf muß rechtzeitig zur Kenntniß des Andern kommen, namentlich also früher als der Vertrag wirklich abgeschlossen ist. Aber auch ein vor dem Abschluß des Vertrages bei dem, welchem der Antrag gemacht ist, eingehender Widerruf ist nur dann von Wirkung, wenn er demselben noch rechtzeitig bekannt wird.

Denn derjenige, welchem der Antrag gemacht ist, hat keine Verpflichtung, vor der Absendung der Antwort sich darum zu erkundigen, ob etwa ein Widerruf eingegangen ist. Er ist nur verpflichtet, seine Erklärung rechtzeitig abzugeben, und nur der vor der Absendung der Annahme-Erklärung rechtzeitig eingehende und ihm wirklich bekannt gewordene Widerruf verhindert das Zustandekommen des Vertrages.

Dieser Satz gilt in gleicher Weise, es mag die Frist zur Annahme durch den Antragenden oder das Gesetz bestimmt sein.

Das A. L. R. enthält keine bezügliche ausdrückliche Bestimmung. Denn der bezüglich der vom Antragenden bestimmten Frist ausgesprochene Satz:

der Andere ist bis zum Ablauf der bestimmten Frist zur Annahme berechtigt, §. 91. 1. 5.

erwähnt nicht ausdrücklich den Fall des Widerrufs.

Dagegen sagt das O. G. B. geradezu und unrichtig:

Vor Ablauf des festgesetzten Zeitraums kann das Versprechen nicht zurückgenommen werden. §. 862.

Zweite Unter-Abtheilung.

Der Abschluß eines schriftlichen Vertrages.

Es ist hier zu erörtern:

1) in welcher Weise ein schriftlicher Vertrag zu Stande kommt;
2) in welchen Fällen ein schriftlicher Vertrag erforderlich ist;
3) worin die Eigenthümlichkeit eines schriftlich geschlossenen Vertrages besteht.

Dagegen gehört eigentlich nicht hierher die Erörterung der Frage:

4) welche Ansprüche im Falle eines wegen mangelnder Form nichtigen Vertrages entstehen können.

Denn aus dem nichtigen Vertrage für sich allein entstehen nach strengem Recht gar keine Ansprüche. Die entstehenden Ansprüche fallen unter andere rechtliche Gesichtspunkte, nämlich unter den Gesichtspunkt des Anspruches auf Rückgabe oder Vergütung des ohne Recht in Empfang genommenen, also unter den Gesichtspunkt der Restitutions- und Ersatzansprüche.

Die dabei hervortretende Modifikation der Ansprüche ist eine Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

Es würde daher eigentlich erst später von diesen Ansprüchen zu handeln sein, nämlich bei der Lehre von den Vertretungen des Besitzers und bei der Lehre von den Ersatzansprüchen.

Der Bequemlichkeit wegen sind diese Ansprüche jedoch gleich hier erörtert worden.

I. Allgemeiner Gesichtspunkt.

Damit ein Vertrag zu Stande komme, muß die Willensübereinstimmung der Kontrahenten erklärt sein.

Im Zustande der erst beginnenden Bildung wird jedoch nicht die einfache Erklärung für ausreichend erachtet, sondern es werden bestimmte Symbole und Förmlichkeiten erfordert, um das Zustandekommen des Vertrages anschaulich zu machen, und es gilt daher der Grundsatz:

Nur der mit Beachtung der vorgeschriebenen Formalitäten geschlossene Vertrag ist ein rechtsgültiger Vertrag.

Im Römischen Recht sind im Verlaufe der Rechtsentwicklung die alten Formalitäten und Symbole verschwunden und nur die einfache Formel der stipulatio ist übrig geblieben.

Die wahre Bedeutung der Stipulation also ist:

Sie ist die allgemeine Formel, durch deren Anwendung jede Art vertragsmäßiger Verpflichtung zu einer rechtsgültigen gemacht werden kann.

Daher sagt das Römische Recht:

stipulatione sumat effectum ad actionem. l. 45. D. 2. 14.

und:

in conventionalibus stipulationibus contractui formam contrahentes dant. l. 52. D. 45. 1.

totidem genera sunt, quot, pene dixerim, rerum contrahendarum; nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto. l. 5. pr. l. c.

In der weiteren Fortbildung des Rechts wird demnächst die Formel der Stipulation als eine eben nur äußerliche Formel der Einigung als unwesentlich erachtet und in der erklärten Einigung für sich allein, d. h. ohne bestimmte Formel, der Rechtsgrund der Verbindlichkeit des Vertrages erkannt.

Im Römischen Recht ist diese Auffassungsweise nur insoweit durchgedrungen, als besondere hervortretende Verträge des gewöhnlichen Verkehrs durch die Willenseinigung allein (consensus) rechtsgültige Verpflichtungen (obligationes, actiones) erzeugen:

consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. l. 2. pr, D. 44. 7.

Das Eigenthümliche dieser Verträge lag darin, daß:

a) bei Kauf und Miethe ein dare, facere gegen Geld (pecunia, merces) versprochen,
b) bei Mandat und Societät ein besonderes freundschaftliches Verhältniß vorausgesetzt wurde:

nam (mandatum) originem ex officio atque amicitia trahit. l. 1. §. 4. D. 17. 1.

cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. l. 63. pr. D. 17. 2.

Diesen Verträgen wurden später einzelne andere gleich gestellt.

Erst das germanische und kanonische Recht stellte den allgemeinen Grundsatz auf:

inita pacta suam obtineant firmitatem. dixerunt universi, pax servetur, pacta custodiantur.

Cap. 1. X. de pact. 1. 35.

Hiermit verlor die Stipulation ihre wesentliche Bedeutung.

Sie ist daher in den neueren Gesetzbüchern verschwunden, und die Einigung erfolgt durch:

wechselseitige Einwilligung. §. 109. I. 5. A. L. R.
consentement. Code N. Art. 1108.

Das O. G. B. sagt:

§. 883. Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich; vor Gericht oder außerhalb desselben; mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetz bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied.

Von einem andern Gesichtspunkt aus wird nun aber die Nothwendigkeit einer bestimmten Form für bestimmte Rechtsgeschäfte fühlbar, nämlich von dem Gesichtspunkt der Erkennbarkeit, der Erweisbarkeit des Rechts.

Die Willenseinigung findet zwar ihren Ausdruck in der Sprache, resp. der Geberde, allein dies sind verschwindende Zeichen. Innerhalb der bürgerlichen Gesellschaft ergiebt sich aber das Bedürfniß, den Vertrag durch ein bleibendes, dauerndes Zeichen erkennbar zu machen. Dies Zeichen ist die schriftliche Abfassung des Vertrages. Es ist aber keineswegs das Bedürfniß vorhanden, jeden Vertrag schriftlich aufzusetzen, sondern es sind nur bestimmte Fälle, in denen sich die Nothwendigkeit schriftlicher Abfassung herausstellt, namentlich:

1) wenn es sich um einen Gegenstand von Bedeutung handelt, speziell um Grundeigenthum;
2) wenn ein Rechtsverhältniß begründet wird, dessen Wirkungen sich in die Zukunft ausdehnen.

Es gilt also der Grundsatz:

Bestimmte Verträge erfordern zu ihrer Gültigkeit schriftliche Abfassung.

Daher sagt das A. L. R. I. 5.:

§. 109. Zur Gültigkeit eines Vertrages gehört außer der wechselseitigen Einwilligung auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form.

und das O. G. B. verweist im §. 883. „auf die im Gesetz bestimmten Fälle".

Aus Vorstehendem ergiebt sich, daß die Stipulation und die schriftliche Abfassung der Verträge zwar einzelne Gesichtspunkte mit einander gemein haben, in ihrem eigentlichen Wesen aber von einander verschieden sind.

Beiden gemeinsam ist: es sind Formen, wodurch erkennbar gemacht wird, daß und worüber eine Einigung zu Stande gekommen ist. Ersteres ergiebt bei der Stipulation die Anwendung der vorgeschriebenen Formeln (Frage und Antwort), bei der schriftlichen

Abfassung die Unterschrift der Kontrahenten. Letzteres ergeben die in die Formel, die in die Schrift aufgenommenen Worte.

Beiden gemeinsam ist also der Grundsatz:

Der Inhalt des Vertrages ist nach den Worten der Stipulation, der Schrift zu beurtheilen, andere mündliche Nebenabreden haben keine Gültigkeit.

und ferner der Grundsatz:

Wenn das Gesetz zur Gültigkeit des Vertrages die Form der Stipulation, der schriftlichen Abfassung erfordert, ist der nur mündlich geschlossene Vertrag ungültig.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Stipulation und der schriftlichen Abfassung aber liegt darin, daß nur durch letztere der Inhalt des Vertrages auf bleibende, dauernde Weise erkennbar gemacht wird. Die Schrift ist ein Mittel des Beweises. Nur von der Schrift also kann der Grundsatz gelten:

Der Inhalt des Vertrages darf nur durch die bezügliche Urkunde dargethan werden.

Andere Beweismittel, namentlich Zeugenbeweis, sind also ausgeschlossen.

Ferner tritt der Unterschied hervor:

Wenn die Stipulation die allgemeine Formel ist, wodurch jeder Vertrag rechtsgültig wird, ist jeder nicht in Form der Stipulation geschlossene oder jeder nicht besonders ausgenommene Vertrag ungültig.

Wenn nur zur Gültigkeit bestimmter Verträge bestimmte Form erfordert wird, ist jeder Vertrag rechtsgültig, und nur einzelne bestimmte Verträge sind in Ermangelung der Form ungültig.

A. Abschluß des Vertrages.

1. Durch Unterschrift.

§. 82.

Ein schriftlicher Vertrag ist nur dann vorhanden, wenn der Vertrag von allen Kontrahenten unterschrieben ist.

Das Römische Recht sagt bezüglich der Verträge:

quas in scriptis fieri placuit, quas in instrumento recipi convenit,

non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo partibus absoluta sint. l. 17. C. 4. 21.

Das A. L. R. bestimmt I. 5.:

§. 116. Verträge, welche vermöge des Gesetzes oder einer Abrede der Parteien schriftlich geschlossen werden sollen, erhalten ihre Gültigkeit erst durch die Unterschrift.

§. 118. Auch eigenhändig geschriebene Aufsätze sind, vor hinzugekommener Unterschrift, nicht für vollendete Verträge zu achten.

Das O. G. B.:

§. 884. Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet, so wird er vor der Unterschrift der Parteien nicht für geschlossen angesehen.

Der Code Napoléon unterscheidet:

Art. 1325. Les actes sous seing privè, qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux, qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct.

Il suffit d'un original pour toutes les personnes ayant le même intérêt.

Chaque original doit contenir la mention du nombre des originaux, qui en ont été faits.

Ob jedes Original von jedem Interessenten unterschrieben sein muß, wird nicht gesagt.

Auch Art. 1322. sagt nur:

l'acte sous seing privé . . . a, entre ceux, qui l'ont souscrit . . . la même foi, que l'acte authentique.

Damit ist aber eigentlich gemeint gegen den, welcher unterschrieben hat, denn es heißt allgemein:

Art. 1323. Celui, auquel on oppose un acte sous seing privé, est obligé etc..

Bezüglich des nur einseitig verpflichtenden Vertrages wird gesagt:

Art. 1326. Le billet ou la promesse sous seing privé, par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui, qui le souscrit; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé, portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose.

Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vignerons, gens de journées et de service.

Betrifft also die einseitige Erklärung nicht eine somme d'argent oder eine chose appreciable, so sind gedachte Formalitäten nicht nöthig, sondern Unterschrift genügt.

2. Durch Briefwechsel.

§. 83.

Ein zwischen den Kontrahenten stattgehabter Schriftenwechsel, aus welchem der Inhalt des Vertrages und die Zustimmung zu dem Vertrage zu entnehmen ist, vertritt die Stelle eines schriftlichen Vertrages.

Sowohl das Anerbieten des Vertrages als die Annahme des Vertrages muß schriftlich erklärt sein.

Daher sagt das A. L. R. I. 5.:

§. 142. Zwischen Abwesenden vertritt die geführte Korrespondenz die Stelle des schriftlichen Vertrages, insofern die Bedingungen und die wechselseitige Einwilligung der Kontrahenten daraus zu entnehmen sind.

Koch hat also Unrecht, wenn er unbedingt meint:

die Annahme sei an keine Form gebunden. II. 155.

Nur ausnahmsweise, namentlich im Falle des schriftlichen Vollmachtsauftrages, genügt die nicht schriftlich erklärte Annahme, namentlich auch Seitens eines Abwesenden. §. 11. 12. I. 13. L. R.

Der Code Napoléon sagt nur bezüglich des Mandats:

Le mandat peut être donné par lettre. Art. 1985.

3. Durch Aus- und Zustellung einer einseitigen Urkunde an den andern Kontrahenten.

§. 84.

Wenn unter Zustimmung aller Kontrahenten der Inhalt des zwischen ihnen zu Stande gekommenen Vertrages in eine von dem einen Kontrahenten unterschriebene Urkunde aufgenommen und diese Urkunde einem andern Kontrahenten zugestellt wird, so hat dies die Wirkung eines schriftlichen Vertrages.

Im Römischen Recht findet sich keine bezügliche Bestimmung.

Das A. L. R. enthält mehrere hierher gehörige Anordnungen. Zunächst verordnet es allgemein I. 5.

§. 185. Derjenige, welcher sich schriftlich oder zu Protokoll zu einem mündlich geschlossenem Vertrage bekennt, kann, soweit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen.

Es wird also vorausgesetzt:

1) Ein Bekenntniß zu einem Vertrage, d. h. das Bekenntniß muß dem andern Kontrahenten abgelegt werden, und in der Absicht, sich dadurch zum Vertrage zu bekennen. Ein anderweit erfolgtes sowie ein nicht in dieser Absicht abgelegtes Geständniß haben nicht jene Wirkung.

2) Der Vertrag muß zu Stande gekommen sein und demnächst das Bekenntniß zu dem Vertrage erfolgen. Der Fall, wenn ein schriftlicher Vertragsantrag gemacht und demnächst in nicht schriftlicher Form die Annahme des Vertrages erklärt wird, fällt gar nicht unter die Bestimmung des §. 185., wie Koch das irriger Weise annimmt II. 154. Nur wenn im Voraus das Instrument gefertigt und beim Abschluß des Vertrages von den Kontrahenten das Instrument, als den zu Stande gekommenen Vertrag enthaltend, anerkannt wird, kann von Anwendung des §. 185. die Rede sein.

3) Darüber schweigt das A. L. R. gänzlich:

ob das das Bekenntniß des einen Kontrahenten enthaltende Schriftstück dem andern Kontrahenten zugestellt sein muß.

Es ist aber wohl jedenfalls vorausgesetzt, daß der Bekennende das bezügliche Schriftstück nicht in seinem Besitz behält.

4) Darüber endlich fehlt eine Bestimmung:

ob nur der Bekennende oder auch der andere Kontrahent, namentlich wenn er die Urkunde in Empfang genommen hat, verpflichtet ist.

Die Worte sprechen für erstere Alternative. Dagegen aber spricht, daß in einem solchen Falle bei entgeltlichen Verträgen ein Theil gebunden wäre und der andere Theil nicht. Dieser Uebelstand ist auch nicht dadurch zu beseitigen, daß man, wie Koch II. 155., meint, der Verpflichtete habe ein Mittel, sich von seiner einseitigen Verpflichtung loszumachen. Es wird kein Richter auf den Antrag des Verpflichteten eingehen:

den andern zu einem Termine vorzuladen unter der Warnung, wenn er ausbleibe werde angenommen werden, er wolle den Vertrag nicht schließen,

denn auf einseitigen Antrag einer Partei kann nur im Wege prozessualischen Verfahrens eine andere Partei zum Erscheinen unter Contumacialwarnung vorgeladen werden. Für einen derartigen Antrag aber fehlt jedes prozessualische Verfahren.

Außer der vorstehend erörterten allgemeinen Bestimmung enthält das A. L. R. noch einzelne Bestimmungen, welche davon ausgehen, daß die von dem einen Kontrahenten unterschriebene und von dem andern Kontrahenten angenommene Urkunde die Stelle eines schriftlichen Vertrages vertrete:

1) Die §§. 393. sqq. I. 11. bestimmen hierüber nichts, denn sie

sagen nur, wenn die Cession schriftlich erfolgen muß, aber nichts über die Form der Annahme. Dasselbe gilt bezüglich der Assignation. I. 16. 253.

2) Beim Darlehn läßt sich aus der Bestimmung des §. 658. I. 11.:

der Borger, welcher das Darlehn gesucht hat, ist schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen.

auch nichts folgern, weil dabei ein gültiger Darlehnsvertrag vorausgesetzt ist.

Dagegen wird einem vollständigen Schuldschein die Wirkung eines schriftlichen Vertrages beigelegt, wobei natürlich vorausgesetzt ist, daß er dem Gläubiger ausgehändigt worden ist. §. 729. I. 11.

3) Ein von dem Gläubiger ausgestellter und vom Schuldner angenommener Pfandschein vertritt die Stelle des fehlenden schriftlichen Hauptvertrages. §. 95. I. 20.

Diesen beiden Fällen eigenthümlich ist, daß, abgesehen von dem Vertrage, eine Verpflichtung durch den Empfang einer Sache begründet wird.

4) Im Falle des Vollmachtsauftrages vertritt die Ertheilung einer schriftlichen Vollmacht und deren auch nur stillschweigend geschehene Annahme die Stelle eines schriftlichen Vertrages. §. 11. I. 13.

In diesem Falle wird nicht ein mündlicher Vertrag schriftlich anerkannt, sondern es kommt durch die Annahme eines schriftlichen Vertragsantrages ein schriftlicher Vertrag zu Stande.

Das Gemeinsame der vorstehenden Bestimmungen aber besteht darin:

daß in Folge einer nur einseitigen schriftlichen Urkunde, die der andere Kontrahent annimmt, nicht eine nur einseitige Verpflichtung, sondern eine wechselseitige Verpflichtung zu Stande kommt.

Es ist daher jedenfalls angemessen, die allgemeine Bestimmung des §. 185. I. 5. in entsprechender Weise aufzufassen.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung, weil schon jeder Vertrag auch ohne schriftliche Abfassung gültig ist.

Der Code Napoléon enthält eine doppelte Bestimmung:

1) die schon erwähnte bezüglich der einseitig verpflichtenden Verträge;

2) die allgemeine Bestimmung, wonach eine Ausnahme von den Regeln über die Nothwendigkeit der schriftlichen Form eintritt:

lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit. Art. 1347.

On appelle ainsi tout acte par écrit, qui est émanée de celui, contre lequel la demande est formée, ou de celui, qu'il représente et qui rend vraisemblable le fait allégué.

Unter diese Bestimmung fällt auch die Ausstellung einer Urkunde durch einen Kontrahenten und Behändigung an den andern.

Ob in einem solchen Falle auch derjenige, welcher die Urkunde ausgestellt hat, auf Grund derselben klagen kann, ist nicht gesagt.

B. Nothwendigkeit schriftlichen Abschlusses.

1. Verträge über Grundeigenthum.

§. 85.

Jeder Vertrag, wodurch Grundeigenthum übertragen oder Grundeigenthum mit einer beständigen Verpflichtung belastet oder verpfändet wird, erfordert zur Gültigkeit schriftliche Abfassung.

Dem Römischen Recht ist dieser Gesichtspunkt noch fremd. Zur Uebertragung von Grundeigenthum, Begründung von Servituten und Einräumung von Pfandrecht, an Grundeigenthum wird keine andere Form erfordert, als bezüglich beweglicher Sachen der Fall ist.

Erst in Folge der im germanischen Recht hervortretenden Auffassung, wonach Verfügungen über Grundeigenthum, um allgemein anerkannt zu werden, allgemein erkennbar gemacht werden müssen, ist der Grundsatz aufgestellt worden:

Ein nur mündlich geschlossener Vertrag ist nichtig.

Dieser Grundsatz gilt im A. L. R.:

a) bei Uebertragung von Grundeigenthum, der Vertrag mag ein entgeltlicher oder unentgeltlicher sein.

In diesem Sinne fordert das A. L. R. und das Gesetz vom 23. April 1821, daß

alle Verträge, wodurch über das Eigenthum eines Grundstücks etwas verfügt wird, §. 15. 1. 10., mindestens gerichtlich oder notariell beglaubigt sein müssen.

Dem einfachen schriftlichen Vertrage aber wird die Wirkung beigelegt, daß auf Errichtung eines förmlichen gerichtlichen Instruments geklagt werden kann (§. 17. 1. 10.), im Fall einer Schenkung jedoch nur dann, wenn die wirkliche Naturalübergabe hinzukommt. §. 1067. 1068. 1. 11.

b) Verträge über Grundgerechtigkeiten, Verträge, wodurch eine unbewegliche Sache mit einer Dienstbarkeit oder einer andern bleibenden Reallast belegt werden soll, erfordern zur Gültigkeit schriftliche Abfassung. §. 135. 1. 5. A. L. R. §. 3. II. 1. A.-G. O.

Handelt es sich nur um ein vorübergehendes Nutzungsrecht, so ist schriftliche Abfassung nur nach den Grundsätzen des §. 131. 1. 5. nöthig. §. 267. 1. 21. A. L. R.

c) Verträge, wodurch eine Hypothek oder ein nutzbares Pfandrecht an einem Grundstück eingeräumt wird, erfordern mindestens schriftliche Abfassung. §. 99—103., 227—233. I. 20. A. L. R., §. 3. II. 1. A. G. O. und Ges. vom 23. April 1821.

Daß in allen vorstehenden Fällen der nur mündlich geschlossene Vertrag nichtig ist, folgt aus dem allgemeinen Grundsatz der §§. 109. I. 5. u. §. 40. I. 3. A. L. R.

Das O. G. B. enthält eine entsprechende Bestimmung nicht. Die bezüglichen Bestimmungen desselben betreffen nur die Erwerbung des dinglichen Rechts, sind also nicht auf die Gültigkeit des Vertrages zwischen den Kontrahenten zu beziehen. Nach dem allgemeinen Grundsatz des §. 883. muß man annehmen, daß zwischen den Kontrahenten auch mündliche Verträge gültig sind.

Wie die Bestimmungen des Code Napoléon zu verstehen sind, das läßt die Fassung zweifelhaft.

a) Bezüglich der Erwerbung von Grundeigenthum finden sich gar keine besondere Bestimmungen über die Form der Verträge.

b) Bezüglich der Servituten heißt es:

Art. 695. Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles, qui ne peuvent s'acquérir par la préscription,

d. h.:

les servitudes non apparentes, et les servitudes discontinues (Art. 691.) ne peuvent être rémplacé que par un titre recognitif de la servitude.

und:

c) Bezüglich des Pfandrechts:

Art. 2085. L'antichrése ne s'établit, que par écrit.

Art. 2127. L'hypothéque conventionelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins.

Die unbedingte Fassung dieser Paragraphen spricht dafür, daß nicht bloß die Dinglichkeit, sondern auch die Gültigkeit des Vertrages zwischen den Kontrahenten von jenen Formen abhängig gemacht ist. Es ist jedoch andererseits nicht zu verkennen, daß bei Abfassung jener Paragraphen vornämlich der Gesichtspunkt maßgebend war, die Form zu bestimmen, durch welche die Dinglichkeit begründet wird, ein Gesichtspunkt, welcher auch in der Bestimmung hervortritt:

Art. 1328. Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers, que du jour, où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux, qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est con-

statée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventire.

2. Verträge über dauernde Verpflichtungen.

§. 86.

Verträge wodurch Jemand zu fortdauernden Leistungen auf unbestimmte Zeit oder für immer verpflichtet wird, erfordern zur Gültigkeit schriftliche Abfassung, die Miethen des gemeinen Gesindes ausgenommen.

In diesem Sinne bestimmt das A. L. R. I. 5.:

§. 135. Verträge über beständige persönliche Lasten und Pflichten erfordern allemal eine schriftliche Abfassung.

§. 136. Bei terminlichen Leistungen, wo die Zahl der Termine unbestimmt ist, sind schriftliche Kontrakte nothwendig.

und demnächst speziell:

§. 177. II. 5. Hausoffizianten . . . müssen durch einen schriftlichen Kontrakt angenommen werden.

§. 178. Mündliche Verabredungen sind ungültig (also auch wenn die Annahme auf bestimmte Zeit erfolgt).

und dagegen I. 5:

§. 137. Doch bedarf es bei den Miethen des gemeinen Gesindes keines schriftlichen Vertrages.

§. 87.

Der Gesellschaftsvertrag erfordert zur Gültigkeit schriftliche Abfassung.

Das A. L. R. verordnet unbedingt:

§. 170. I. 17. Der Zweck der Verbindung und das Verhältniß der Verbundenen bei und zur Erlangung desselben (des gemeinschaftlichen Eigenthums) müssen allemal, ohne Unterschied des Gegenstandes, durch einen schriftlichen Vertrag, bei Strafe der Nichtigkeit, festgesetzt werden.

Das O. G. B. enthält nur die Bestimmung:

§. 1178. Gesellschaftsverträge, welche sich nur auf das gegenwärtige oder nur auf das zukünftige Vermögen beziehen, sind ungültig, wenn das von dem einen und dem anderen Theile eingebrachte Gut nicht ordentlich beschrieben und verzeichnet worden ist.

Der Code Napoléon endlich bleibt lediglich bei dem allgemeinen Grundsatz:

art. 1834. Tout sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.

3. Verträge über Gegenstände von Werth.

§. 88.

Jeder Vertrag, dessen Gegenstand an Werth eine bestimmte Summe übersteigt, erfordert zur Gültigkeit schriftliche Abfassung.

Im Röm. Recht kam dieser Gesichtspunkt nur insofern zur Sprache, als im Falle einer Schenkung, sofern sie über eine bestimmte Summe hinaus gültig sein sollte, Insinuation erforderlich war. Bis zu dieser Summe war die Schenkung gültig:

reliquam vero quantitatem, quae intra legis terminos constituta est, in suo robore perdurare, quasi nullo penitus alio adjecto. l. 34. pr. C. 8. 54.

Bezüglich der überschießenden Summe war die Schenkung nichtig:

Si quid autem supra legitimam definitionem fuerit donatum, hoc, quod superfluum est, tantummodo non valere. eod. l. c.

hoc pro non scripto vel non intellecto esse credatur. eod. l. c.

superfluum tantum vacuari. l. 34. §. 1. l. c.

Das A. L. R. verordnet allgemein 1. 5.:

§. 131. Ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über funfzig Thaler in Silber-Courant belauft, muß schriftlich errichtet werden.

Dem O. G. B. ist eine ähnliche Bestimmung fremd.

Der Code Napoléon sagt:

art. 1341. Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires.

Es bezieht sich diese Bestimmung jedoch eigentlich nicht auf die Gültigkeit des Vertrages, sondern auf die Art und Weise des Erweises, wenn es zur Klage kommt.

In diesem Sinne heißt es:

art. 1342. La règle ci-dessus s'applique au cas, où l'action contient, outre la demande, du capital. une demande d'intérêts, qui, réunis au capital, excèdent la somme de cent cinquante francs.

Demzufolge wird ferner bestimmt:

art. 1343. Celui qui a formé une demande excédant cent cinquante francs ne peut plus être admis à la preuve testimoniale, même en restreignant sa demande primitive.

Sogar eine nur zufällige Vereinigung mehrerer Ansprüche in Einer Klage wird unter denselben Gesichtspunkt gestellt:

art. 1345. Si, dans la même instance, une partie fait plusieurs demandes dont il n'y a point de titre par écrit, et que, jointes ensemble, elles excédent la somme de cent cinquante francs, la preuve par témoins n'en peut être admise, encore que la partie allègue, que ces créances proviennent de différentes causes, et qu'elles se soient formées en différentes temps, si ce n'était que ces droits procédassent, par succession, donation ou autrement, de personnes différentes.

Der allgemeine Grundsatz ist also:

Eine Klage über eine Summe von mehr als 150 Francs muß durch schriftlichen Beweis begründet werden.

Daneben gilt aber auch der Satz:

art. 1344. La preuve testimoniale, sur la demande d'une somme même moindre de cent cinquante francs, ne peut être admise lorsque cette somme est déclarée être le restant ou faire partie d'une créance plus forte, qui n'est point prouvée par écrit.

Hiernach muß also auch der ursprüngliche Vertrag, wenn er eine Summe von mehr als 150 Francs zum Gegenstand hat, um eine Klage zu begründen, schriftlich abgefaßt sein.

C. Mündliche Nebenabreden.

§. 89.

Mündliche Verabredungen über außerwesentliche Punkte eines schriftlichen Vertrages gegen den Inhalt der Schrift oder zur näheren Bestimmung des Vertrages sind ungültig. Die in dem schriftlichen Vertrage unbestimmt gelassenen Punkte sind nach den in den Gesetzen enthaltenen Vorschriften zu ergänzen.

Soweit der schriftliche Vertrag über einen wesentlichen Punkt keine Bestimmung enthält, ist überhaupt ein schriftlicher Vertrag nicht vorhanden. Dahin gehört also der Fall:

wenn der wahre Kaufpreis nur mündlich verabredet worden. §. 74. I. 11. A. L. R.

und:

wenn in einer Punktation wesentliche Bestimmungen fehlen oder die Parteien die Verabredung gewisser Nebenbedingungen sich darin ausdrücklich vorbehalten haben. §. 125. I. 5. A. L. R.

Es wird also ein gültiger schriftlicher Vertrag vorausgesetzt, d. h. die wesentlichen Punkte des Vertrages müssen in der Schrift enthalten sein. Nur der Fall ist in die Augen zu fassen, wenn Verabredungen über außerwesentliche Punkte vorliegen.

Im Römischen Recht gilt bezüglich aller Verträge, bezüglich deren die Schrift zur Gültigkeit des Vertrages nicht erforderlich ist, die Schrift nur als Mittel des Beweises; der eigentliche Inhalt des Vertrages kann daher auf jede zulässige Weise erwiesen werden, namentlich gilt der Grundsatz:

fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est, per eas facilius probari possit; et sine his autem valet, quod actum est, si habeat probationem. l. 4. D. 22. 4.

In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium. l. 15. C. 4. 21.

Nur bezüglich des emphyteutischen Vertrages wird der Grundsatz aufgestellt: nur der Inhalt des schriftlichen Instruments ist maaßgebend.

scriptura interveniente . . . firma illibataque perpetua stabilitate omnibus modis debeant custodiri. l. 1. C. 4. 66.

si quidem aliquae pactiones in emphyteuticis instrumentis fuerint conscriptae, easdem et in omnibus aliis capitulis observari et de rejectione ejus etc. . . . l. 2. l. c.

si quidem emphyteuticum instrumentum super hoc (casu) aliquas pactiones habeat, eas observari. l. 3. l. c.

Soweit das Instrument keine bezügliche Bestimmung enthält:

si . . . ea . . . pactorum non fuerint conventione concepta. l. 1. l. c.

sin autem nihil super hoc capitulo fuerit pactum. l. 2. l. c.

sin autem nullo modo hujusmodi pactio interposita est l. 3. l. c.

kommen ausschließlich bestimmte gesetzliche Vorschriften zur Anwendung; auf etwaige mündliche Nebenabreden wird also keine Rücksicht genommen.

Das A. L. R. verordnet allgemein I. 5.:

§. 127. Ist ein Vertrag schriftlich geschlossen worden, so muß alles, was auf die Verabredung der Parteien ankommt, bloß nach dem schriftlichen Kontrakte beurtheilt werden.

§. 128. Auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden wird, ohne Unterschied des Gegenstandes, keine Rücksicht genommen.

Es ist hierbei vorausgesetzt, daß ein gültiger schriftlicher Vertrag vorliegt, d. h. ein Vertrag, wodurch alle wesentlichen Punkte festgestellt sind. In einem derartigen Falle soll auf mündliche Neben-

abreden, d. h. Verabredungen über außerwesentliche Punkte, keine Rücksicht genommen werden. In diesem Sinne heißt es ferner:

§. 129. Vielmehr müssen Nebenbestimmungen, welche die Art, den Ort, oder die Zeit der Erfüllung, oder andere dabei vorkommende Maaßgaben betreffen, so weit sie im Kontrakte nicht festgestellt worden, von dem Richter lediglich nach den Vorschriften der Gesetze ergänzt werden.

Diese Bestimmung ist also nicht anwendbar, wenn die Art, der Ort, die Zeit der Erfüllung als ein wesentlicher Punkt erscheint, sei es nach dem Begriff des Vertrages oder nach der Verabredung der Parteien, z. B. die Art und der Ort der Erfüllung bei der Verpflichtung ein Haus zu bauen, die Zeit bei dem Miethsvertrage.

In gleichem Sinne sagt das O. G. B.:

§. 887. Wenn über einen Vertrag eine Urkunde errichtet worden, so ist auf vorgeschützte mündliche Nebenabreden, welche zugleich geschehen sein sollen, aber mit der Urkunde nicht übereinstimmen, oder neue Zusätze enthalten, kein Bedacht zu nehmen.

und der Code Napoléon;

et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. art. 1341.

Von dem aufgestellten allgemeinen Grundsatz enthält das A. L. R. jedoch eine Ausnahme, indem es verordnet:

§. 259. I. 5. Nur in Fällen, wo es keines schriftlichen Kontraktes bedarf, ist der Beweis, daß eine andere Münzsorte verabredet worden, zulässig.

Diese Bestimmung ist nämlich auch auf den Fall anzuwenden, wenn es eines schriftlichen Vertrages nicht bedarf, der Vertrag aber schriftlich geschlossen ist, wegen der Münzsorte aber keine Bestimmung enthält. Es läßt sich freilich auch behaupten, auch für diesen Fall sei §. 129 maßgebend. Dieser Behauptung steht jedoch die Fassung des §. 259. entgegen. Denn wollte man diesen Paragraphen auf den Fall beschränken, wo ein mündlicher Vertrag vorliegt, so enthielte er den ganz überflüssigen Satz:

Wenn ein mündlicher Vertrag vorliegt, ist der Beweis, daß eine andere Münzsorte verabredet worden, zulässig.

D. Folgen der unterbliebenen schriftlichen Abfassung.

1. Nichtigkeit des Vertrages.

§. 90.

Ein Vertrag, zu dessen Gültigkeit nach der Bestimmung des Gesetzes oder der Verabredung der Par-

teien schriftliche Abfassung erforderlich ist, ist, wenn er nur mündlich geschlossen wird, nichtig.

Die hier in Betracht kommende Nichtigkeit des Vertrages ist nicht zu verwechseln mit der im Röm. Recht herrschenden Ansicht über die Ungültigkeit der Verträge. Nach der Ansicht des Röm. Rechts sind alle Verträge, welche nicht durch Anwendung der Formel der Stipulation zu rechtsgültigen erhoben werden, oder nicht als Consensualverträge besonders privilegirt sind, ungültig, aber nur in dem Sinne, daß aus ihnen keine civilis obligatio, keine actio entspringt, in jeder anderen Beziehung (per exceptionem) war der Vertrag gültig.

Daher heißt es zwar:

nudum pactum nulli prodesse poterit. l. 45. D. 2. 13. cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. l. 7. §. 4. l. c.

aber auch:

nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. eod. l. c.

Ist dagegen ein Vertrag wegen Mangels der gesetzlich vorgeschriebenen Form nichtig, so hat der Vertrag gar keine rechtliche Wirkung, und daß aus ihm keine Klage entsteht, ist nur eine Folge der Nichtigkeit des Vertrages.

Schon im Röm. Recht kommt dieser Gesichtspunkt zur Sprache: Wenn eine Schenkung nicht in der vorgeschriebenen Form vorgenommen war, so war sie bezüglich des das gesetzliche Maaß überschreitenden Betrages nichtig, vergl. §. 88.

Bezüglich derjenigen Verträge:

quas in scriptis fieri placuit, quas in instrumento recipi convenit

wird gesagt, daß vor Vollziehung des Instruments:

nulli liceat.., aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare, adeo ut nec illud in hujusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere. l. 17. C. 4. 21.

Daß aus einem derartig ungültigen Vertrage auch eine exceptio nicht entstehe, ist nicht ausdrücklich gesagt, versteht sich aber von selbst, da aus dem ungültigen Vertrage gar kein Recht hergeleitet werden soll.

Das A. L. R. verordnet zunächst allgemein I. 3.

§. 40. Aus Verabsäumung der gesetzlichen Form einer Handlung folgt die Nichtigkeit derselben nur alsdann, wenn

das Gesetz die Beobachtung dieser Form zur Gültigkeit der Handlung ausdrücklich erfordert;
und demnächst speziell bezüglich der Verträge I. 5.:
a) bezüglich der gesetzlich bestimmten Form:
§. 109. Zur Gültigkeit eines Vertrages gehört außer der wechselseitigen Einwilligung auch die Beobachtung der in den Gesetzen vorgeschriebenen Form,
also nach §. 40. I. 3. bei Strafe der Nichtigkeit. Es heißt demzufolge weiter:
§. 110. Ist aber die Beobachtung einer Formalität im Gesetz nur unter Androhung einer Strafe verordnet, so bleibt der Vertrag gültig, wenn gleich die Formalität verabsäumt worden.
b) bezüglich der nach Verabredung der Parteien schriftlich abzufassenden Verträge:
§. 117. In allen Fällen, wo die Parteien den Vertrag schriftlich zu schließen verabredet haben, wird vermuthet, daß nicht bloß der Beweis, sondern selbst die verbindliche Kraft des Vertrages von der schriftlichen Abfassung desselben abhängen solle.

Endlich wird auch noch gesagt, daß aus einem nichtigen Vertrage keine Klage auf Erfüllung stattfindet, nämlich:
a) allgemein: I. 5.
§. 155. Ist in Fällen, wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern, derselbe bloß mündlich geschlossen und noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage statt;
b) und speziell: I. 11.
1064. Aus einem außergerichtlichen, wenn auch schriftlichen Schenkungsvertrage, kann daher in der Regel auf Erfüllung nicht geklagt werden.

Das O. G. B. enthält nur den Satz:
§. 884. Haben sich die Parteien ausdrücklich zu einem schriftlichen Vertrage verabredet; so wird er vor der Unterschrift der Parteien für nicht geschlossen angesehen;
d. h. der Vertrag ist vor schriftlichem Abschluß nichtig.

Im Uebrigen aber bestimmt es:
Die Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetz bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied. §. 883.

Bezüglich der Schenkung aber sagt es:
§. 943. Aus einem bloß mündlichen, ohne wirkliche Uebergabe geschlossenen Schenkungsvertrage erwächst dem Geschenknehmer kein Klagerecht.

In diesem Falle ist der Vertrag nicht nichtig, sondern er hat die Wirkung, daß das auf Grund desselben Gezahlte nicht zurückgefordert werden darf. §. 1432.

Der Code Napoléon enthält:

a) bezüglich der nach Verabredung der Parteien schriftlich zu errichtenden Verträge keine Bestimmung;

b) bezüglich der nach Vorschrift des Gesetzes in bestimmter Form zu errichtenden Verträge ist zu unterscheiden:

1) die donation entre vifs:

Die gesetzlich bestimmte Form muß beobachtet werden sous peine de nullité. Art. 931., und es wird noch besonders gesagt:

Art. 1339. Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en forme; il faut, qu'elle soit refaite en la forme légale.

2) bezüglich der übrigen Verträge sagt er nicht, daß der nur mündlich geschlossene Vertrag nichtig ist, sondern er versagt nur das Klagerecht aus dem Vertrage, indem er verordnet:

Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Art. 1315.

und in allen Fällen, wo ein mündlicher Vertrag nicht ausreicht als Beweismittel ausschließt die preuve par témoins und die allégation d'un aveu extrajudiciaire purement verbal. Art. 1341. 1355.

2. Hinzutretende Erfüllung.

a. Uebergabe einer geschenkten Sache.

§. 91.

Wenn auf Grund eines wegen Mangels der Form nichtigen Schenkungsvertrages eine bewegliche Sache übergeben und die Schenkung nicht binnen bestimmter Frist widerrufen wird, so wird der Vertrag gültig.

Es ergänzt also in diesem Falle nicht die Uebergabe allein den Mangel der Form, sondern nur dann, wenn zur Uebergabe auch noch die Thatsache hinzutritt, daß binnen bestimmter Frist kein Widerruf erfolgt.

Dem Römischen Recht ist dieser Gesichtspunkt noch fremd.

Ursprünglich stand das pactum donationis unter dem allgemeinen Gesichtspunkt. Es war gültig:

si stipulatione vel in continenti habito pacto prospexisti. l. 22. C. 8. 54.

Nach erfolgter Uebergabe konnte also die donatio nicht widerrufen werden.

Später, als eine bestimmte Form bei Strafe der Nichtigkeit des das gesetzliche Maß übersteigenden Betrages angeordnet wurde, konnte nach dem Grundsatz:

hoc, quod superfluum est, non valere . . pro non scripto vel non intellecto credatur. l. 34. pr. l. c.

die Uebergabe den Mangel der Form nicht ergänzen. Die Schenkung, soweit sie das gesetzliche Maß überstieg, blieb, ungeachtet der Uebergabe, nichtig.

Das A. L. R. unterscheidet bewegliche und unbewegliche Sachen.

a) Bezüglich beweglicher Sachen sagt das A. L. R. einerseits I. 11.:

§. 1065. Ist hingegen eine geschenkte bewegliche Sache oder Summe dem Geschenknehmer bereits übergeben worden, so findet deren Rückforderung aus dem Grunde der Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht statt.

andererseits aber verordnet es allgemein:

§. 1090. Ist aber eine außergerichtlich geschlossene Schenkung schon durch die Uebergabe vollzogen, so findet dennoch der Widerruf innerhalb sechs Monaten nach der Uebergabe statt;

d. h. also, eine außergerichtliche Schenkung einer beweglichen Sache wird gültig, wenn die Sache übergeben wird und binnen sechs Monaten kein Widerruf erfolgt.

b) bezüglich unbeweglicher Sachen fehlt eine Bestimmung darüber, wenn auf Grund eines nur mündlichen Vertrages übergeben wird.

Es ist anzunehmen, der Vertrag ist unbedingt nichtig, auch wenn Uebergabe und sechsmonatlicher Besitz hinzutritt: einestheils deshalb, weil das A. L. R. überhaupt einen mündlichen Vertrag, wodurch Grundeigenthum übertragen wird, auch ungeachtet der Uebergabe, für nichtig erachtet, und andererseits, weil das A. L. R. bei unbeweglichen Sachen nur dem schriftlichen Schenkungsvertrage eine rechtliche Wirkung beilegt, indem es verordnet:

§. 1066. Ist eine unbewegliche Sache auf den Grund eines schriftlichen, wenn gleich außergerichtlichen Schenkungsvertrages, dem Beschenkten übergeben worden, so kann der Geschenkgeber dieselbe wegen Ermangelung eines gerichtlichen Vertrages nicht zurückfordern.

Es ist dabei vorausgesetzt (§. 1068.), daß:

eine wirkliche Naturalübergabe, wodurch die geschenkte Sache in den Besitz und die Gewahrsam des Beschenkten gelangt, erfolgt ist.

In diesem Falle kommt aber der §. 1090. zur Anwendung d. h

es findet der Widerruf innerhalb sechs Monaten nach der Uebergabe statt.

Gleichzeitig aber heißt es:

§. 1067. Vielmehr hat in diesem Falle der schriftliche außergerichtliche Vertrag die Kraft einer Punktation.

Es kann also auf gerichtlichen Abschluß des Vertrages geklagt werden. Praktisch stellt sich also die Sache so:

1) Uebergabe auf Grund eines nur mündlichen Vertrages ergänzt den Mangel der Form niemals.

2) Uebergabe auf Grund eines schriftlichen Vertrages ergänzt den Mangel der Form, wenn binnen 6 Monaten kein Widerruf erfolgt.

3) Klagt der Beschenkte vor Ablauf der 6 Monate auf gerichtliche Abfassung des Vertrages, so behält doch der Schenkende bis zum Ablauf der 6 Monate das Recht des Widerrufs, er verliert es nur dann, wenn vor Ablauf der 6 Monate der Vertrag gerichtlich errichtet wird, also nicht wenn er vor Ablauf der 6 Monate zu gerichtlicher Abschließung des Vertrages verurtheilt wird.

Zu bemerken ist dabei noch, daß natürlich auch bezüglich beweglicher Sachen ein schriftlicher Vertrag, dem die Uebergabe hinzutritt, die Wirkung einer Punctation haben muß.

Nach der Ansicht des O. G. B. ergänzt die Uebergabe den Mangel der Form, denn im Falle eines nur mündlichen Schenkungsvertrages ist nur das Klagerecht ausgeschlossen und es gilt der allgemeine Satz:

Schenkungsverträge dürfen in der Regel nicht widerrufen werden. §. 946.

Der Code Napoléon erwähnt im Art. 1339. nur acte confirmatif.

Daß aber unter der Bestimmung:

Le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs, nulle en forme;

auch die exécution volontaire mitgemeint ist, ergiebt der Gegensatz im §. 1340:

La confirmation ou ratification, ou exécution volontaire par les héritiers.

Die Uebergabe ergänzt also nicht den Mangel der Form.

§. 92.

Im Falle des Widerrufs hat der Beschenkte bis zum Augenblick des ihm erklärten Widerrufs alle Rechte eines redlichen Besitzers.

Daraus folgt:

1) Er hat bis zum Augenblick des ihm erklärten Widerrufs überhaupt nichts zu vertreten.
2) Er genießt bis zum Augenblick des erklärten Widerrufs die Früchte und Nutzungen der Sache.
3) Er restituirt die Sache nur in dem Zustande, in welchem sie sich zur Zeit des erklärten Widerrufs befindet.
4) Verwendungen aus der Substanz der Sache ersetzt er nur soweit, als er dadurch zur Zeit des Widerrufs noch bereichert ist.
5) Verwendungen in die Substanz der Sache sind ihm zu vergüten.

Das A. L. R. sagt daher: I. 11.

1166. Bis zur gerichtlichen Erklärung des Widerrufs ist der Beschenkte als ein redlicher Besitzer anzusehen.

An sich überflüssig ist die weitere Bestimmung:

1165. Doch sind in allen Fällen der Beschenkte und dessen Erben zur Wiedererstattung nur soweit verpflichtet, als sich die geschenkte Sache, zur Zeit des Widerrufs, noch in dem Vermögen oder Nachlasse befindet; oder diese durch den daraus gelöseten Werth noch wirklich reicher sind.

b. Bezüglich anderer Verträge.

α. Ergänzung der mangelnden schriftlichen Abfassung.

αα. Uebergabe einer beweglichen Sache auf Grund eines Leih-, Darlehns-, Pfand- und Verwahrungsvertrages.

§. 93.

Wenn eine bewegliche Sache auf Grund eines wegen Mangels der Form nichtigen Darlehns-, Leih- oder Pfandvertrages oder eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages übergeben wird, so wird der Vertrag gültig; der Darlehnsvertrag jedoch nur in dem Sinne, daß das Darlehn erst nach Ablauf der gesetzlichen Kündigungsfrist zurückzugeben ist, alle übrigen mündlichen Abreden aber nichtig sind.

Nach dem allgemeinen Grundsatz des Röm. Rechts über die Ungültigkeit eines jeden pactum nudum waren die pacta über mutuum, commodatum, pignus und depositum ungültig.

Trat aber dem pactum die Uebergabe hinzu, so wurde der Ver-

trag vollgültig, d. h. es entstanden Obligationen, Actionen. Daher heißt es:

obligationes ex contractu re contrahuntur. l. 1. §. 1. D. 44. 7.

und speziell:

re contrahitur obligatio mutui datione. l. 1. §. 2. l. c.
is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur. l. 1. §. 3. l. c.
creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur. l. 1. §. 6. l. c.
is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur. l. 1. §. 5. l. c.

Daß in allen diesen Fällen die Verpflichtung zur Restitution des Gegebenen eintrat, sei es nun der gegebenen Sache, wie beim commodatum, pignus, depositum:

de ea ipse re, quam accepit, restituenda tenetur. l. 1. §. 3. §. 6. l. c.

sei es von Sachen gleicher Art, wie beim mutuum:

quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis. l. 1. §. 2. l. c.

war nothwendig, weil die Sache von Haus aus nicht donandi animo, sondern zu einem bestimmten Zwecke mit der Absicht des Rückempfanges übergeben wurde.

Es entstand aber nicht bloß eine Verpflichtung zur Restitution, sondern es wurden auch die Verabredungen, soweit sie das an der Sache eingeräumte Recht oder die in Bezug auf die Sache übernommene Verpflichtung betrafen, vollgültig.

In gleicher Weise wurden demnächst alle analogen Verhältnisse behandelt, also:

si gratuitam tibi habitationem dedero, an commodati agere possim? Et Vivianus ait, posse; sed tutius est, praescriptis verbis agere. l. 17. p. D. 19. 5.
Si quis pretii explorandi gratia rem tradat, neque depositum, neque commodatum erit; sed, non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio. l. 1. §. 2. l. c.
Dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteretis, tutius est agere praescriptis verbis: quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus. l. 19. D. 19. 5.

Die neueren Gesetzbücher haben die Ansicht des Röm. Rechts, daß ein nudum pactum ungültig sei, aufgegeben; dagegen aber ist in Folge der zur Gültigkeit bestimmten Verträge erforderlichen Form eine andere Lehre von den nichtigen Verträgen entstanden, und da=

bei ist die Römische Ansicht über die Realverträge nicht ohne Einfluß geblieben. Es ist nämlich der Grundsatz aufgestellt worden:

Die Uebergabe ergänzt den Mangel der Form.

Im A. L. R. ist dieser Satz jedoch eigentlich nur bezüglich beweglicher Sachen anerkannt.

Ausdrücklich ist dies der Fall:

a) beim Darlehn:

§. 727. 1. 11. Durch den bloßen Empfang des Darlehns wird der Schuldner zur Wiedererstattung des Empfangenen auch ohne schriftlichen Vertrag verpflichtet.

b) Beim Leihvertrage, denn

wenn eine unbewegliche Sache, oder ein Recht, der Gegenstand des Kontraktes und dieser nicht schriftlich abgefaßt ist,

erwirbt der Leiher nicht die Rechte eines Leihers. §. 233. 1. 21.

c) Beim Pfandvertrage:

§. 94. 1. 20. Zur Einräumung des Pfandrechts selbst aber ist, bei beweglichen Sachen, die bloße Uebergabe ohne weitere besondere Form hinreichend.

d) Beim Verwahrungsvertrage heißt es zwar ganz allgemein:

§. 144. 1. 5. Es bedarf keines schriftlichen Vertrages, wenn Jemanden Sachen in Verwahrung gegeben werden,

d. h.

übergeben worden sind. §. 9. 1. 14.

und §. 10. 1. 14.

Zur Gültigkeit dieses Geschäfts bedarf es keines schriftlichen Kontrakts, sondern es sind auch andere Beweismittel von dem, was vorgegangen ist, hinreichend,

und es ist dabei jedenfalls nur an bewegliche Sachen gedacht, allein es heißt doch auch:

§. 90. 1. 14. In Fällen, wo Jemanden eine unbewegliche Sache zur Obhut anvertraut worden, finden obige Gesetze gleichfalls Anwendung,

also auch bezüglich der Form des Vertrages. Es dürfte jedoch zu bezweifeln sein, daß man bei dieser Bestimmung speziell an die Form des Vertrages gedacht hat.

Der erwähnte Paragraph führt auch noch zu der Eigenthümlichkeit, daß auch der entgeltliche Verwahrungsvertrag ohne Rücksicht auf die Größe der Gegenleistung nach der erfolgten Uebergabe der Sache unbedingt gültig sein müßte; auch daran dürfte bei Abfassung des §. 90. nicht gedacht worden sein.

Das O. G. B. enthält keine entsprechende Bestimmung, weil nach demselben schon der mündliche Vertrag über einen Verwah-

rungs-, Leih-, Darlehnsvertrag gültig ist. §. 957. 971. 983. §. 449.

Der Code Napoléon bestimmt bezüglich:

a) Des Verwahrungsvertrages:

Art. 1923. Le dépôt volontaire doit être prouvé par écrit. La preuve testimoniale n'en est point reçue pour valeur excédant cent cinquante francs.

art. 1924. Lorsque le dépôt étant au dessus de cent cinquante francs, n'est point prouvé par écrit, celui, qui est attaqué comme dépositaire, en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose, qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution.

d. h. also, der Depositar kann nicht weiter in Anspruch genommen werden, als sein Geständniß geht.

b) Beim prêt à usage und beim prêt de consommation ist ein Gleiches nicht gesagt. Allein der allgemeine Grundsatz:

art. 1341. Il doit être passé acte devant notaire, ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs, même pour dépôts volontaires.

gilt auch von diesen Rechtsgeschäften, und es kommen die allgemeinen Grundsätze bezüglich des Beweises in Anwendung.

c) Beim nantissement und zwar:

1) dem gage, d. h. nantissement d'une chose mobilière wird gesagt:

art. 2074. le privilége (nämlich das dingliche Recht de se faire payer sur la chose par privilége et préférence aux autres créanciers) n'a lieu, qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

2) bei antichrèse, d. h. nantissement d'une chose immobilière:

art. 2085. L'antichrèse ne s'établit que par écrit.

3) bei hypothèque, d. h. droit réel sur les immeubles affectés a l'acquittement d'une obligation:

art. 2127. L'hypothèque conventionelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins.

Diese Bestimmungen haben alle nur den Zweck anzugeben, wann das Pfandrecht dinglich wird; welche Rechte aber zwischen dem Gläubiger und Schuldner gelten, wenn das Pfandrecht nicht in gehöriger Form begründet wird, davon schweigt das Gesetz.

Bezüglich des Darlehns kommen noch besondere Grundsätze in Anwendung.

Nach den Grundsätzen des Röm. Rechts galt jede Verabredung, welche die obligatio der Restitution betraf; dagegen galt beim Gelddarlehn der Grundsatz: ein Zinsversprechen ist nur in Form der Stipulation gültig; bei Darleihung anderer Sachen galt das Zinsversprechen als einfaches pactum adjectum.

Das A. L. R. geht weiter: Es verordnet allgemein für den Fall eines nur mündlichen Darlehns:

§. 728. 1. 11. Die Zeit zur Rückzahlung wird in einem solchen Falle nach Vorschrift §. 761. 762. bestimmt.

§. 729. Soll aber ein Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit, gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen werden, so ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredungen zustehen soll, ohne Unterschied der geliehenen Summe, ein schriftlicher Vertrag erforderlich.

Das O. G. B. enthält keine ähnliche Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt:

le taux de l'intérêt doit être fixé par écrit. art. 1907.

ββ. Gegenseitige Erfüllung eines entgeltlichen Vertrages.

§. 94.

Ein wegen Mangels der Form nichtiger entgeltlicher Vertrag wird gültig, wenn er gegenseitig erfüllt worden ist und zu seinem Inhalte nur hat: die Uebertragung von Eigenthum an beweglichen Sachen, die Leistung von Handlungen, die Uebertragung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts auf Zeit.

Nach der Ansicht des Röm. Rechts über die Realverträge war jeder durch Erfüllung vollständig abgemachte Vertrag ein für beide Theile bindendes Geschäft.

Nach der Ansicht des A. L. R. aber ergänzt die Erfüllung nicht unbedingt den Mangel der Form, sondern nur in den speziell hervorgehobenen Fällen.

Als solche spezielle Fälle werden hervorgehoben:

1) im §. 146. 1. 5.:

> Wenn ein Vertrag über bewegliche Sachen von beiden Theilen sogleich erfüllt wird, so kann, zur Anfechtung des solchergestalt abgemachten Geschäfts, der Mangel eines schriftlichen Vertrages nicht vorgeschützt werden.

Daß hier nur an einen Vertrag, wodurch Eigenthum übertragen wird, gedacht ist, ist nicht zu bezweifeln. Nur ein derartiger Vertrag kann sogleich erfüllt werden. Uebrigens ist der Ausdruck: sogleich, ein unpassender, denn nicht das darf entscheidend sein, ob sogleich, sondern nur das, ob überhaupt erfüllt worden.

2) Indirekt ist dann ferner aus den §§. 165. 1. 5. und §. 269. 1. 21. zu entnehmen, daß ein beiderseitig vollständig erfüllter Miethsund Pachtvertrag, und ein Vertrag über Handlungen, wenn die Gegenleistung in Geld besteht, gültig ist.

Nicht ausdrücklich erwähnt sind dagegen die Verträge, wodurch Eigenthum an beweglichen Sachen gegen Handlungen oder gegen Einräumung eines Nutzungsrechts auf Zeit, übertragen wird, oder letztere Arten der Verpflichtungen gegeneinander übernommen werden.

Im Geiste des A. L. R. liegt jedoch die Bestimmung, daß auch derartige Verträge durch vollständige Erfüllung gültig werden.

Die Erfüllung ist also vornämlich nur dann ohne Wirkung, wenn es sich um Uebertragung von Grundeigenthum handelt.

Der Code Napoléon bestimmt ganz allgemein:

> L'éxecution volontaire dans les formes et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions, que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers. art. 1338.

γγ. Erfüllung des Lohnvertrages durch Leistung der Handlungen.

§. 95.

Ein wegen Mangels der Form nichtiger Vertrag, wodurch Handlungen gegen Geld versprochen sind, wird gültig, sobald die Handlungen vollständig geleistet sind.

Ein derartiger Vertrag war nach dem Röm. Recht als locatio conductio gültig.

Soweit nach dem A. L. R. ein solcher Vertrag schriftlich abgefaßt werden muß, gilt der Grundsatz 1. 5.:

> §. 165. Hat der mündliche Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstande gehabt und sind diese sämmtlich geleistet worden, so muß die Vergütung nach der mündlichen Abrede erfolgen.

Unter dem Wort Vergütung könnte man jede Art der Gegenleistung verstehen, aus dem folgenden Paragraphen ist jedoch zu entnehmen, daß nur eine Geldvergütung gemeint ist. Es hat dies auch einen guten Grund. Nur wenn eine Geldvergütung versprochen ist, wird die Sache am einfachsten dadurch erledigt, daß eine Klage auf Zahlung des Versprochenen gegeben wird.

Nach der Ansicht des O. G. B. und C. N. ist in einem solchen Falle schon der mündliche Vertrag gültig.

αα. Erfüllung des Pacht- und Miethvertrages durch Uebergabe der Sache.

§. 96.

Ein wegen Mangels der Form nichtiger Pacht- oder Miethvertrag wird in Folge der Uebergabe der Sache auf ein Jahr gültig.

Daher sagt das A. L. R. I. 21.:

§. 269. Ist in Fällen, wo es eines schriftlichen Vertrages bedarf, derselbe blos mündlich geschlossen, aber durch die Uebergabe schon vollzogen worden, so ist er nur auf ein Jahr gültig.

β. Anspruch auf Restitution und Ersatz.

§. 97.

Das auf Grund eines nichtig bleibenden entgeltlichen Vertrages Geleistete kann zurückgefordert werden. Soweit eine Rückgabe nicht möglich ist, ist Vergütung zu leisten.

Da der Vertrag nichtig ist, so besteht zwischen den Kontrahenten kein Rechtsverhältniß. Was der eine Kontrahent empfing, besitzt er ohne Rechtsgrund, er ist deshalb verpflichtet es zurückzugeben oder zu vergüten.

Im Röm. Recht konnte dieser Gesichtspunkt nicht zur Sprache kommen. Denn es kannte nicht den Grundsatz:

daß zur Gültigkeit entgeltlicher Verträge schriftliche Form erforderlich sei.

Alle entgeltlichen Verträge waren vielmehr per exceptionem gültig. Jede Rückforderung wurde daher durch eine exceptio ausgeschlossen. Das dabei hervortretende jus poenitendi fällt unter den Gesichtspunkt des Rücktritts von einem gültigen Vertrage.

Es ist jedoch hier die Ansicht des Röm. Rechts über die Gültigkeit der Innominatkontrakte darzustellen, weil diese Ansicht nicht

ohne Einfluß auf den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt geblieben ist. Es ist schon bemerklich gemacht worden, daß im Röm. Recht der Grundsatz galt:

Eine obligatio, actio entsteht nur aus den in Form der Stipulation geschlossenen Verträgen und aus bestimmten Verträgen in Folge des consensus.

Aus allen übrigen Verträgen entsteht keine actio.

Es galt nun aber ferner der Grundsatz:

Auch aus den übrigen Verträgen entsteht eine obligatio, actio, wenn dem Vertrage eine causa obligationis hinzutritt.

Eine solche causa obligationis war:

1) die traditio bei den einseitig verpflichtenden Realverträgen.

2) Die Lehre von den entgeltlichen Innominatkontrakten entwickelte sich in ähnlicher Weise.

Es galt nämlich:

a) der Grundsatz:

Wenn eine Sache zum Eigenthum übergeben wird unter Verabredung einer Gegenleistung, so entsteht eine obligatio, actio.

Dieser Grundsatz galt sowohl im Falle des Vertrages do, ut des als des Vertrages do, ut facias.

Daher heißt es:

sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit, esse obligationem; utputa, dedi tibi rem, ut mihi aliam dares: dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem. l. 7. §. 2. D. 2. 14.

Diese obligatio ging nicht auf Restitution des Gegebenen

non ut reddas, quod acceperis. l. 5. §. 1. D. 19. 5.

denn der Vertrag war nicht nichtig.

Der Vertrag war vielmehr gültig, und deshalb ging der Anspruch, abgesehen von dem jus poenitendi, auf das Interesse.:

ut damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo convenit, accipere. l. 5. §. 1. l. c.

in hoc, quod mea interest. l. 5. §. 2. l. c.

In diesem Sinne also galt die Regel:

in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. l. 48. D. 2. 14.

auch bezüglich der entgeltlichen Verträge.

b) Dieser Satz konnte keine Anwendung finden bezüglich derjenigen Verträge, die nicht mit einem dare, sondern mit einem facere begonnen wurden.

Man unterschied:

1) der Vertrag ging dahin:

facio, ut des.

Soweit hier keine locatio conductio vorlag, wurde in dem facere keine causa obligationis gefunden. Nur die actio doli konnte in einem solchen Falle aushelfen:

quodsi faciam, ut des, et posteaquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. l. 5. §. 3. D. 19. 5.

2) Der Vertrag ging dahin:

facio, ut facias.

Einen solchen Vertrag konnte man unter verschiedene Gesichtspunkte stellen:

haec species tractatus plures recipit. l. 5. §. 4. l. c.

Die leitenden Grundsätze waren folgende:

a) Ursprünglich scheint man, wenn die aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen den Verpflichtungen aus einem Mandat entsprachen, sich in der Art geholfen zu haben, daß man von jeder Seite ein Mandat annahm, und also die actio mandati zuließ:

mandatum quodammodo intervenisse videtur, mutuum officium praestamus. Et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam (nämlich ein unentgeltlicher Vertrag zu sein) excedere. l. 5. §. 4. D. 19. 5.

b) Demnächst aber meinte man:

tutius erit, praescriptis verbis dari actionem. l. 5. §. 4. l. c.

und gab eine actio praescriptis verbis für alle Fälle des Vertrages facio, ut facias.

c) Endlich stellte man den allgemeinen Grundsatz auf:

Wenn zu einem Vertrage eine Thatsache hinzutritt, welche als eine causa obligationis angesehen werden kann, so entsteht aus dem Vertrage eine obligatio, actio.

Welchen Thatsachen eine solche Wirkung beizulegen, das blieb der Beurtheilung des Richters vorbehalten.

Ein derartiger Fall wird erwähnt:

quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere.

Es wird entschieden:

et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquid (ein verpflichtendes Moment, eine causa obligationis). ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis. l. 15. l. c.

Das verpflichtende Moment liegt nämlich in dem Ergreifen des Sklaven in Folge der Anzeige, d. h. in etwas der traditio Analogem.

Nur wenn sich außer dem Vertrage gar kein verpflichtendes Moment erkennen ließ, blieb es bei dem Grundsatz:

nudum pactum nulli prodesse potest.

also z. B.:

Permisisti mihi, ut sererem in fundo tuo, et fructus tollerem; sevi: nec pateris, me fructus tollere; nullam juris civilis actionem esse, Aristo ait; an in factum dari debeat, deliberari posse; sed erit de dolo. l. 16. §. 1. D. 19. 5.

Das Säen auf fremdem Grund und Boden macht nämlich den Grundeigenthümer zum Eigenthümer des Saamens und der Früchte. Der Säende hat also, abgesehen von dem Vertrage, keinen Anspruch. Deshalb wird ihm weder eine actio praescriptis verbis noch in factum gegeben, sondern nur die actio doli.

In dem aus Vorstehendem sich ergebenden Sinne ist also der allgemeine Ausspruch des Prätors:

pacta conventa .. servabo. l. 7. §. 7. D. 2. 14.

zu verstehen.

Dem A. L. R. ist die Auffassungsweise des Röm. Rechts fremd. Abgesehen von den Fällen, in denen zur Gültigkeit des Vertrages schriftliche Form erfordert wird, ist der Vertrag für sich allein gültig.

In den Fällen aber, wo der Vertrag wegen mangelnder Form ungeachtet der Erfüllung nichtig bleibt, besteht gar kein Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten. Es wäre daher angemessen gewesen, daß das A. L. R. einfach bestimmt hätte:

Jeder Kontrahent kann das Geleistete zurückfordern oder vergütet verlangen.

Das A. L. R. thut dies jedoch nicht, sondern verleitet durch die von einem ganz andern Gesichtspunkte ausgehenden Bestimmungen des Römischen Rechts bezüglich der Innominatkontrakte, namentlich bezüglich des jus poenitendi, spricht es von einem Recht der Wahl zwischen Erfüllung des Vertrages und Rückforderung des Gegebenen und unterscheidet zwischen Geben einer Sache und Leistung von Handlungen.

Es bestimmt:

1) Für den Fall, wenn eine Sache gegeben ist:

a) Derjenige Kontrahent, welcher von dem andern Kontrahenten die Erfüllung ganz oder zum Theil angenommen hat,

ist verpflichtet:

entweder den Vertrag auch von seiner Seite zu erfüllen, oder das Erhaltene zurückzugeben oder zu vergüten. §. 156. I. 5.

Aber nicht der Gebende hat das Wahlrecht, sondern der Empfänger, denn es heißt:

wählt er letzteres. §. 157.

Also:

gegen den Willen des Empfängers kann kein Anspruch auf Erfüllung geltend gemacht werden.

b) Bezüglich des Gebenden aber heißt es:

§. 161. Hat der, welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will, dem andern Kontrahenten auf Rechnung desselben etwas gegeben, so kann er dasselbe zwar ebenfalls zurückfordern.

Aus den Worten:

welcher den mündlichen Vertrag nicht erfüllen will,

ist zu entnehmen, daß er noch zu erfüllen hat, und also die Worte:

auf Rechnung des Vertrages etwas gegeben,

nur auf den Fall der theilweisen Erfüllung zu beziehen sind.

Es fehlt also eine Bestimmung für den Fall:

wenn der Gebende vollständig erfüllt hat;

allein es ist auch nirgend gesagt, daß in diesem Falle der Gebende nicht das Recht habe, die Nichtigkeit des Vertrages zu behaupten. Man muß also auf die allgemeinen Grundsätze zurückgehen und daraus ergiebt sich:

Der Vertrag ist nichtig, also kann das Gegebene zurückgefordert werden.

Wenn aber sowohl der Geber als der Empfänger willkührlich zurücktreten darf, so besteht eben kein Vertrag.

2) Für den Fall, wenn Handlungen geleistet sind, wird bestimmt:

a) Die Handlungen sind nur theilweise geleistet. Nach §. 166. 167. hat jeder Kontrahent das Recht, die Leistung oder Annahme der noch übrigen Handlungen zu verweigern. Der Vertrag hat also keine rechtliche Wirkung, und das Geleistete ist zu vergüten.

b) Die Handlungen sind vollständig geleistet.

Nur §. 165. erwähnt diesen Fall. Dieser Paragraph ist jedoch nur anwendbar, wenn eine Geldvergütung versprochen ist.

Es fehlt also eine ausdrückliche Bestimmung für den Fall:

wenn als Gegenleistung etwas Anderes als Geld versprochen ist.

Man muß auch hier den allgemeinen Grundsatz anwenden:

Der Vertrag ist nichtig, also kann nicht Erfüllung des Versprochenen oder Entschädigung dafür gefordert werden, sondern die geleisteten Handlungen sind zu vergüten.

Liegt endlich der Fall so,

daß der Vertrag Handlungen zum Hauptgegenstand hat, aber

nicht die Handlungen geleistet sind, sondern die Gegenleistung ganz oder zum Theil erfüllt ist;

oder so:

daß von beiden Theilen etwas gegeben oder geleistet ist,

so muß auch hier der allgemeine Grundsatz gelten:

der Vertrag ist nichtig und jeder Theil kann das Gegebene oder Geleistete zurückfordern oder vergütet verlangen.

Es ergiebt sich aus Vorstehendem, daß alle Unterscheidungen des A. L. R. unnöthig sind, und der allgemeine Grundsatz ausreicht:

Soweit der Vertrag ungeachtet der Erfüllung nichtig bleibt, kann das Gegebene oder Geleistete zurückgefordert, eventuell muß Vergütung dafür geleistet werden.

Das O. G. B. enthält nur die allgemeine Bestimmung:

Doch können Zahlungen einer solchen Schuld, welche nur aus Mangel der Förmlichkeiten ungültig ist, nicht zurückgefordert werden. §. 1432.

Diese Bestimmung findet Anwendung auf Schenkungen, nicht auf entgeltliche Verträge, denn diese erfordern zur Gültigkeit keine Förmlichkeiten.

Der Code Napoléon schließt im Falle der verabsäumten Form die Klage aus. Daraus folgt, daß derjenige, welcher seinerseits erfüllt hat, nicht auf Grund des Vertrages klagen und also Erfüllung fordern sondern nur Rückgabe oder Vergütung des Geleisteten beanspruchen kann.

Auch der andere Theil kann nicht auf Grund des Vertrages klagen, also nicht auf vollständige Erfüllung, wenn nur unvollständig erfüllt ist.

Ob er aber, wenn der Andere vollständig erfüllt hat, oder wenn er das unvollständig Empfangene nicht zurückgeben will, die Klage dadurch beseitigen kann, daß er seinerseits sich zur Erfüllung bereit erklärt, das ist nicht mit Sicherheit aus dem Code Napoléon zu entnehmen. Denn die Bestimmungen:

A défaut d'acte de confirmation ou ratification, il suffit, que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque, à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification ou exécution volontaire dans les formes, et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des tiers. art. 1338.

setzen den Fall einer an sich gültigen Obligation voraus,

contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision. art. 1338.

sie sind also nicht auf den Fall zu beziehen, wenn überhaupt eine Klage auf Grund eines Vertrages nicht statt hat.

Schließlich ist zu bemerken, daß alle vorstehenden Bestimmungen nur für den Fall gelten,

wo die Gesetze einen schriftlichen Vertrag erfordern,

wie das A. L. R. ausdrücklich sagt §. 155. I. 5.

Denn wenn nach der Verabredung der Kontrahenten der Vertrag schriftlich zu schließen ist, greift der Grundsatz durch:

contractus non vires habere ..., non liceat aliquod jus sibi ex eodem contractu vindicare. l. 17. C. 4. 21.

Derartige Verträge sind vor hinzugekommener Unterschrift nicht für vollendete Verträge zu achten. §. 118. I. 5. A. L. R.

nicht für geschlossen zu achten. §. 884. O. G. B.

also kann auch die hinzutretende Erfüllung den Mangel des Vertrages in keiner Weise ersetzen.

§. 98.

Derjenige, welcher bereit ist, beim Vertrage stehen zu bleiben, ist zur Rückgabe oder Vergütung nur so weit verpflichtet, als er durch das ihm Geleistete bereichert worden ist. Derjenige, welcher nicht beim Vertrage stehen bleiben will, haftet für die empfangenen Sachen gleich einem unredlichen Besitzer und muß für die ihm geleisteten Handlungen den gewöhnlichen Lohn zahlen.

Anderweite Ansprüche auf Entschädigung finden nicht statt.

Nach Grundsätzen des strengen Rechts würde jeder Kontrahent bezüglich der Rückgabe oder Vergütung in gleicher Weise zu behandeln sein, weil jeder Kontrahent in gleicher Weise ohne Rechtsgrund etwas erhielt. Das moralische Prinzip erweist sich jedoch dadurch wirksam, daß derjenige, welcher beim Vertrage stehen zu bleiben bereit ist, als Empfänger in gutem Glauben, derjenige dagegen, welcher beim Vertrage nicht stehen bleiben will, als Empfänger in bösem Glauben behandelt wird.

Im Röm. Recht fand eine Rückforderung wegen Nichtigkeit des Vertrages nicht statt.

Machte der Gebende von dem jus poenitendi Gebrauch, so kamen die Grundsätze der condictio causa data causa non secuta in Anwendung, danach konnte der Empfänger bis zum Betrage des Empfangenen Vergütung der Auslagen fordern:

Wenn also der Fall so lag:

te plus forte, quam accepisti, erogasse, condictio cessabit

und

sed si minus erogatum sit, condictio locum habebit, ita tamen, ut indemnitas tibi praestetur ejus, quod expendisti. l. 5. pr. D. 12. 4.

Das A. L. R. geht im Allgemeinen von dem richtigen Gedanken aus, allein in der Ausführung fehlt es.

Es unterscheidet:

1) Rückforderung des Gegebenen.

a) Derjenige, welcher die Sache gab, verweigert die Erfüllung.

Es wird verordnet I. 5.

§. 162. Er muß die gegebene Sache in dem Stande wieder annehmen, in welchem sie sich zu der Zeit, da seine Weigerung zur Wissenschaft des Anderen gelangt ist, befunden hat.

§. 163. Ueberhaupt hat derjenige Kontrahent, welcher den mündlichen Vertrag zu erfüllen bereit war, in Ansehung der an den Andern, welcher zurücktritt, zu leistenden Rückgabe durchgehends die Rechte des redlichen Besitzers.

Diese Bestimmungen sind in soweit richtig, als es sich um die Substanz der Sache handelt. Denn der redliche Besitzer restituirt die Substanz nur insoweit, als die Substanz noch vorhanden oder er aus der Substanz bereichert worden ist.

Sie sind aber nicht angemessen, soweit es sich um die gezogenen Nutzungen handelt. Denn die Nutzungen behält der redliche Besitzer unbedingt, also auch in dem Falle, wenn der Eigenthümer Schaden leidet. Im vorliegenden Falle fehlt es aber an allem Grunde, dem einen Kontrahenten eine Bereicherung zum Nachtheil des anderen Kontrahenten zu gestatten. Auch der schuldlose Kontrahent ist ausreichend geschützt, wenn er in den Stand gesetzt wird, in dem er sich ohne den Vertrag befinden würde. Wie unangemessen es ist, dem einen Kontrahenten die Nutzungen der empfangenen Sache unbedingt zuzusprechen, ergiebt sich daraus, daß der andere Contrahent die Nutzungen der empfangenen Sache herausgeben muß, also ein Contrahent den Nutzen beider Sachen ziehen würde. Die bezügliche landrechtliche Bestimmung, sowie die spezielle, daß er bei Zahlungen in allen Fällen nur

vom Tage des ihm angekündigten Rücktritts landübliche Zinsen zahlen soll. §. 164.

ist unrichtig.

b) Bezüglich desjenigen, der die Erfüllung verweigert, und die Sache empfing, heißt es ferner:

Er muß die Sache in dem Stande, wie er sie empfangen hat, zurückgeben. §. 157.

§. 158. Wegen der Nutzungen, ingleichen wegen der in der Zwischenzeit vorgefallenen Verbesserungen, ist er einem unrechtfertigen Besitzer gleich zu achten,

und bei Zahlungen:

er muß vom Tage der empfangenen Zahlung landübliche Zinsen entrichten. §. 164.

An diesen Bestimmungen ist auszusetzen, daß es anstatt unrechtfertiger Besitzer sachgemäß unredlicher Besitzer heißen muß. Denn nicht ein Rechtsirrthum liegt vor, sondern eine böswillige Benutzung des Umstandes, daß der Vertrag nichtig ist.

Unrichtig ist ferner die Bestimmung:

§. 159. Kann er die empfangene Sache in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit der Uebergabe befunden hat, nicht zurückgeben, und will dennoch den Vertrag nicht erfüllen, so muß er den mündlich verabredeten Werth ersetzen;

also nicht der verabredete Kaufpreis ist zu zahlen, sondern der mündlich verabredete Werth der Sache. Diese Bestimmung aber ist deshalb unrichtig, weil der andere Kontrahent kein Recht aus dem Vertrage geltend machen kann, denn der Vertrag ist in allen Beziehungen nichtig, also auch die Verabredung bezüglich des Werths ist nichtig, und es kann, wie §. 160. dies für den Fall, daß kein Werth verabredet ist, richtig bestimmt, nur auf den wirklichen Werth der Sache ankommen.

Ist der Werth verabredet, so kann die Verabredung nur als ein Beweismittel des Werthes der Sache in Betracht kommen.

2) Vergütung geleisteter Handlungen.

a) Richtig ist die Bestimmung, daß der zur Leistung der Handlungen bereite Kontrahent

den Werth der schon geleisteten vergütet erhält, §. 167.,

sofern man nämlich darunter den gewöhnlichen Lohn für die Handlungen versteht, und nicht die Bereicherung des Andern.

b) Wenn der zur Leistung von Handlungen Verpflichtete nicht vollständig erfüllen will, so kann er nur Vergütung beanspruchen, soweit der Andere bereichert ist.

Das A. L. R. dagegen sagt:

so kann der Berechtigte von der mündlich verabredeten Vergütung so viel abziehen, als erforderlich ist, sich die noch rückständigen Leistungen zu verschaffen. §. 166.

Es läßt sich diese Bestimmung nur anwenden, wenn eine Geldvergütung bestimmt ist. Aber auch für diesen Fall ist sie unrich-

tig. Denn alle Bestimmungen des Vertrages sind nichtig, also auch die Verabredung bezüglich der Vergütung; und es ist das Geleistete lediglich nach allgemeinen Grundsätzen zu vergüten, nicht aber durch eine unter zu Grundlegung des Vertrages zu fertigende Berechnung.

Am Schluß der ganzen Lehre enthält das A. L. R. den richtigen Satz:

> §. 168. Uebrigens finden aus einem bloß mündlichen Vertrage, wegen der von dem einen oder andern Theil geweigerten Erfüllung, keine Forderungen von Entschädigungen oder Interesse statt.

Zweite Abtheilung.

Die Wirkung des Vertrages.

Durch den Abschluß des Vertrages werden bestimmte Verpflichtungen zwischen den Kontrahenten festgestellt.

1) Welche Verpflichtungen dies sind, darüber entscheidet der Inhalt des Vertrages.

Es sind jedoch dabei folgende allgemeine Gesichtspunkte maaßgebend:

a) Nach Grundsätzen des strengen Rechts ist jeder Kontrahent gerade nur zu dem verpflichtet, wozu er sich ausdrücklich verpflichtet hat.

Eine Festhaltung dieses Grundsatzes würde jedoch den Verkehr auf das alleräußerste erschweren, denn es müßte ein jeder, um sich zu sichern, für alle möglichen Fälle eine ausdrückliche Verabredung treffen.

Dieser Uebelstand wird im wirklichen Recht dadurch beseitigt, daß in Folge der eigenthümlichen Natur eines jeden Rechtsgeschäftes bestimmte allgemeine Normen festgestellt sind, welche zwischen den Kontrahenten, die das bezügliche Rechtsgeschäft eingehen, als geltend angenommen werden, soweit nicht eine abweichende Einigung vorliegt. Diese Normen sind die sogenannten Naturalia negotii.

Die bezüglich der einzelnen Rechtsgeschäfte geltenden Normen bleiben hier außer Acht, dagegen giebt es gewisse allgemeine Normen, die unter allgemeinere Gesichtspunkte zu bringen sind. Von diesen wird daher hier gehandelt werden.

b) Es kann zwischen den Kontrahenten darüber Streit entstehen, worüber sie in der That einig geworden sind.

Zur Entscheidung dieses Streites haben die Gesetze gewisse allgemeine Regeln aufgestellt. Auch diese werden zur Erörterung gezogen werden.

2) Abgesehen von dem materiellen Inhalt besteht das Wesen einer jeden Verpflichtung in der dem Verpflichteten obliegenden Pflicht, die Verpflichtung zu erfüllen.

Bezüglich dieser Pflicht zu erfüllen, können die Kontrahenten besondere Verabredungen getroffen haben. Es sind auch hierbei allgemein leitende Gesichtspunkte maaßgebend.

Es wird daher nachstehend gehandelt werden:

1) Von den aus der Natur der Verträge folgenden allgemeinen Normen;
2) von den Auslegungsregeln;
3) von der Pflicht zu erfüllen.

Erste Unter-Abtheilung.

Die aus der Natur der Verträge folgenden allgemeinen Normen.

I. Allgemeiner Grundsatz.

§. 99.

Welche Verpflichtungen aus einem Vertrage für einen jeden Kontrahenten entstehen, das bestimmt die ausdrückliche Verabredung oder in deren Ermangelung die Natur des Geschäfts.

Im Röm. Recht waren bei Stipulationen allein entscheidend die Worte:

quidquid adstringendae obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est. l. 99. pr. D. 45. 1.

Daraus ergab sich die Regel:

stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quaecunque specialiter comprehendi possint, contineantur. l. 53. D. l. c.

Bei bonaefidei-Kontrakten kam es zunächst auf die Verabredung an:

et in primis sciendum est, in hoc judicio id demum deduci, quod praestari convenit; cum enim sit bonae fidei judicium, nihil magis bonae fidei congruit, quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. l. 11. §. 1. D. 19. 1.

quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare. l. 1. pr. D. 2. 14.

bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat. l. 21. D. 19. 2.

Demnächst aber kam es auf die Natur des Geschäfts an:

si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt hujus judicii potestati. l. 11. §. 1. D. 19. 1.

nach dem Grundsatze:

tantundem in bonaefidei judicis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio. l. 7. D. 3. 5.

Der Judex urtheilte nach Billigkeit;

in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex aequo et bono praestare oportet. §. 3. J. 3. 23.

bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. l. 31. D. 16. 3.

Soweit die Naturalien eines Geschäfts nicht durch die Rechtswissenschaft festgestellt waren, war das Gewöhnliche, Uebliche zur Norm zu nehmen:

ea enim, quae sunt moris et consuetudinis in bonae fidei judiciis debent venire. l. 32. §. 20 D. 21. 1.

quod plerumque fieri solet. l. 114. D. 50. 17.

Dabei war namentlich der Ort des Vertragsabschlusses maaßgebend:

si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. l. 34. l. c.

Das A. L. R. und O. G. B. enthalten den Grundsatz, daß es zunächst auf die Verabredung ankommt, in einzelnen Anwendungen, und in dem Satze des A. L. R.:

In der Regel müssen die Verträge nach ihrem ganzen Inhalt erfüllet werden. §. 270. 1. 5.

und des O. G. B., daß jeder Kontrahent das Recht hat:

genaue Erfüllung des Vertrages zu fordern. §. 919.

Soweit eine ausdrückliche Verabredung nicht vorliegt, kommen die in dem Gesetz niedergelegten Normen zur Anwendung. Daher sagt das A. L. R.:

Unbestimmte Willensäußerungen sind nach den in den Gesetzen enthaltenen Bestimmungen zu erklären. §. 73. 1. 4.

Das O. G. B. verweist in Ermangelung gesetzlicher Bestimmung auf die

natürlichen Rechtsgrundsätze §. 914. und 7.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1135. Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites, que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

namentlich:

Art. 1159. Ce qui est ambigú s'intreprète par ce, qui est d'usage dans le pays où le contrât est passé.

Speziell wird dann noch gesagt:

Art. 1160. On doit suppléer dans le contrât les clauses, qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.

und:

Art. 1164. Lorsque dans un contrât on a exprimé un cas pour l'explication de l'obligation, on n'est pas censé avoir voulu par là restreindre l'étendue, que l'engagement reçoit de droit aux cas non exprimés.

§. 100.

Die aus der Natur des Geschäfts folgenden Verpflichtungen treten nicht ein, wenn besondere beim Abschluß des Vertrages vorhandene Umstände ergeben, daß die Kontrahenten deren Ausschließung beabsichtigt haben.

Die auf ausdrücklicher Verabredung beruhenden Verpflichtungen gelten unbedingt.

In diesem Sinne sagt das Röm. Recht:

Contractus enim legem ex conventione accipiunt. l. 1. §. 6. D. 16. 3.

legem enim contractus dedit. l. 23. D. 50. 17.

und der Code Napoléon:

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux, qui les ont faites. art. 1134.

Die nicht auf ausdrücklicher Verabredung beruhenden, sondern aus der Natur des Geschäfts folgenden Verpflichtungen treten deshalb ein, weil in Ermangelung besonderer Verabredung anzunehmen ist, die Kontrahenten wollen es bei den aus der Natur des Geschäfts folgenden Verpflichtungen bewenden lassen. In diesem Sinne ist die Regel zu verstehen:

naturalia praesumuntur.

Es ist deshalb zunächst Sache eines jeden Kontrahenten, welcher will, daß eine aus der Natur des Geschäfts folgende Verpflichtung nicht eintrete, dies beim Abschluß des Vertrages ausdrücklich zu erklären. Wer dies unterläßt, hat kein Recht sich der Verpflichtung zu entziehen, weil er beim Abschluß des Vertrages die Verpflichtung nicht übernehmen wollte.

Wenn aber die Umstände der Art sind, daß aus ihnen zu entnehmen ist, der übereinstimmende Willen der Kontrahenten sei dahin

gegangen, eine aus der Natur des Geschäfts folgende Verpflichtung ausnahmsweise auszuschließen, so tritt diese Verpflichtung wegen des übereinstimmenden Willens der Kontrahenten nicht ein. Es ist also in einem solchen Falle nicht eine ausdrückliche Verabredung nöthig, sondern es genügt, wenn nur der übereinstimmende Willen der Kontrahenten aus den besonderen Umständen entnommen werden kann.

II. Von der Verantwortlichkeit für das Versprechen einzustehen.

Wieweit Jemand verpflichtet ist, für das Versprochene einzustehen, darüber entscheidet zunächst die ausdrückliche Verabredung der Kontrahenten.

Das moralische Prinzip ist jedoch dabei insofern wirksam, als eine Verabredung,

> der Verpflichtete solle auch im Falle des vorsätzlichen Zuwiderhandelns gegen sein Versprechen dafür nicht verantwortlich sein,

nichtig ist.

Soweit eine gültige Verabredung der Kontrahenten über die Verantwortlichkeit des Verpflichteten nicht vorhanden ist, bestimmt sich die Verantwortlichkeit des Verpflichteten verschieden, einerseits nach dem verschiedenen Inhalt der Verpflichtung, andererseits nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Vertrages.

1) Was den Inhalt der Verpflichtung anbelangt, so liegt ein wesentlicher Unterschied darin, daß der Verpflichtete entweder Handlungen zu leisten oder zu unterlassen hat, oder daß dies nicht der Fall ist.
   a) Wenn der Verpflichtete Handlungen zu leisten oder zu unterlassen hat, so ist er nach strengem Recht unbedingt verpflichtet, die Handlungen zu leisten oder zu unterlassen; und er wird verantwortlich, wenn er das Versprechen nicht hält. Nur wenn in Folge eines reinen Zufalles die Unmöglichkeit eintritt, das Versprechen zu halten, ist der Verpflichtete dafür nicht verantwortlich.

Im wirklichen Recht gilt jedoch ein anderer Grundsatz.

Der einzelne Mensch steht in so vielerlei Verhältnissen, daß es unthunlich erscheint, von allen Verhältnissen zu abstrahiren und die ganze Aufmerksamkeit ausschließlich nur der Erfüllung einer einzelnen Verpflichtung zuzuwenden.

Wenn daher Personen einen Vertrag schließen, so kann in Ermangelung einer besonderen Verabredung nicht angenommen werden, sie seien darüber einverstanden, es solle der Verpflichtete seine ganze

Aufmerksamkeit ausschließlich der übernommenen Verpflichtung zuwenden, sondern es ist anzunehmen, sie seien darüber einig, daß der Verpflichtete die gewöhnlich übliche Aufmerksamkeit bei Erfüllung der übernommenen Verpflichtung anwende.

Der Verpflichtete wird also verpflichtet, bezüglich der zu leistenden oder zu unterlassenden Handlungen die gewöhnliche Aufmerksamkeit (diligentia) anzuwenden.

Handelt er dieser Verpflichtung zuwider, so trifft ihn ein Verschulden, und er wird verantwortlich, wenn er in Folge Verschuldens seinem Versprechen nicht nachkommt.

Er ist dagegen frei von Verantwortung, wenn ihm kein Verschulden zur Last fällt.

Es kommt also wesentlich auf das Verhalten des Verpflichteten nach dem Abschluß des Vertrages an.

2) Soweit dagegen das Versprechen den Verpflichteten nicht zu Vornahme oder Unterlassung von Handlungen verpflichtet, sondern zu irgend etwas, was ohne Rücksicht auf eine Handlung oder Unterlassung des Verpflichteten, zu gewähren versprochen wird, kommen vorstehende Grundsätze nicht zur Anwendung, sondern der Verpflichtete ist in Folge seines Versprechens unbedingt verpflichtet, das Versprochene zu gewähren, und wird verantwortlich, wenn er das Versprechen nicht gewährt, ohne Rücksicht auf sein Verhalten nach dem Abschluß des Vertrages, d. h. ohne Rücksicht darauf, ob ihn nach dem Abschluß des Vertrages ein Verschulden trifft oder nicht. In einem solchen Falle liegt also der Grund der Verantwortlichkeit nicht in einem Verschulden bei Erfüllung der Verpflichtung, sondern einfach in der Nichtgewähr des Versprochenen.

Ein derartiger Fall tritt vornämlich ein, wenn das Versprechen auf Uebertragung eines Rechts an einer Sache geht, und

1) das versprochene Recht
2) oder die versprochenen Eigenschaften

nicht gewährt werden.

Es kann aber auch bezüglich der Verpflichtung zur Vornahme von Handlungen ein solcher Fall vorliegen, nämlich:

3) wenn der Verpflichtete die versprochene Befähigung zur Vornahme der übernommenen Handlungen nicht besitzt.

Alle diese Fälle fallen unter den allgemeinen Gesichtspunkt der Verpflichtung zur Gewährleistung des Versprochenen.

Bezüglich der Verpflichtung zur Gewährleistung des Versprochenen tritt aber noch folgender Unterschied hervor:

Dasjenige, was der Verpflichtete verspricht, kann beim Abschluß des Vertrages als etwas bereits Vorhandenes vorausgesetzt werden, und in Folge dessen wird es versprochen. Dies ist der Fall:

1) wenn Jemand ein Recht an einer individuell bestimmten Sache als ein ihm zustehendes überträgt;
2) wenn Jemand bezüglich einer individuell bestimmten Sache, welche Gegenstand des Vertrages ist, das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften verspricht;
3) wenn Jemand bezüglich einer übernommenen Handlung sich eine bestimmte Befähigung beilegt.

Bezüglich eines derartigen Vertrages wird das moralische Prinzip wirksam.

Soweit nämlich dem Berechtigten beim Abschluß des Vertrages bekannt ist,

a) daß das versprochene Recht dem Versprechenden nicht zusteht,
b) daß der Sache die stillschweigend bedungenen Eigenschaften mangeln,
c) daß dem Verpflichteten die stillschweigend bedungene Befähigung abgeht,

tritt eine Verpflichtung zur Gewährleistung des Versprochenen nicht ein, und zwar deshalb, weil die aus dem Versprechen zu entnehmende Vermuthung, es sei dem Berechtigten darum zu thun gewesen, daß ihm das Versprochene gewährt werde, dadurch widerlegt wird, daß der Berechtigte sich auf den Vertrag einließ, obwohl ihm bekannt war, daß ihm das Versprochene nicht gewährt werden kann.

In einem derartigen Falle kommt es also wesentlich auf das Verhalten des Berechtigten beim Abschluß des Vertrages an.

Vorstehender Grundsatz kann nicht zur Anwendung kommen, wenn das Versprochene beim Abschluß des Vertrages nicht als vorhanden vorausgesetzt wurde. Wenn also Jemand Eigenthum einer generell bestimmten Sache zu übertragen verspricht, so ist die Verpflichtung zur Gewährleistung

a) des Eigenthums der übergebenen Sache,
b) der versprochenen Eigenschaften der Sache,

eine ganz unbedingte, und das Verhalten des Berechtigten beim Abschluß des Vertrages gleichgültig. Denn das Versprechen bezieht sich auf die künftig zu übergebende, und erst durch die Uebergabe individuell zu bestimmende Sache. Der Berechtigte kann also unmöglich schon beim Abschluß des Vertrages den etwaigen Mangel der Sache kennen.

Vorstehende Auseinandersetzung ergiebt:

1) daß bei der Frage nach der Verantwortlichkeit für die Nichtleistung des Versprochenen ein ganz wesentlicher Unterschied besteht zwischen der Verpflichtung zur Gewährleistung des Versprochenen und der Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Handlungen, indem nur im letzteren Falle das Verschulden des Verpflichteten von entscheidendem Einfluß ist;
2) daß unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung des Ver-

sprochenen nicht bloß der Fall der Eviktion und des Aedilitischen Edikts zu stellen ist, sondern alle Fälle, in denen der Inhalt des Versprochenen nicht in Leistung oder Unterlassung von Handlungen besteht;

3) daß im Falle der Gewährleistung es auf die Wissenschaft des Berechtigten beim Abschluß des Vertrages nur insofern ankommt, als das Versprochene beim Abschluß des Vertrages als bereits vorhanden vorausgesetzt wird.

2) Was den Einfluß der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit des Vertrages auf die Verantwortlichkeit des Verpflichteten anbetrifft, so äußert sich dieselbe in folgender Weise:

a) Im Falle der Gewährleistung tritt ohne ausdrückliches Versprechen des Verpflichteten eine Verantwortlichkeit wegen Nichtgewähr des Versprochenen nur im Falle eines entgeltlichen Vertrages ein.

b) Im Falle der Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung von Handlungen ist der Grad der Aufmerksamkeit bei entgeltlichen Verträgen ein höherer als bei unentgeltlichen Verträgen.

Dies gilt namentlich auch, soweit es sich um die Verpflichtung, eine Sache vor Schaden zu bewahren, handelt.

c) Bezüglich der Verpflichtung, eine Sache vor Schaden zu bewahren, ist aber noch Folgendes zu bemerken. Eine solche Verpflichtung tritt:

1) in dem Falle, wenn Jemand in Folge Vertrages eine fremde Sache in Besitz überkommt, unbedingt ein;

2) in dem Falle dagegen, wenn sich Jemand verpflichtet, Eigenthum einer individuell bestimmten Sache zu übertragen, und nach dem Vertragsabschlusse noch im Besitz der Sache bleibt, und

a) es sich um einen entgeltlichen Vertrag handelt, überkommt der Verpflichtete die Verpflichtung, die Sache vom Augenblick des Vertragsabschlusses bis zum Augenblick der Uebergabe vor Schaden zu bewahren.

b) Im Falle eines unengeltlichen Vertrages dagegen ist zwar der Verpflichtete verpflichtet, nichts zu thun, wodurch die Sache beschädigt wird, er ist aber nicht verpflichtet, etwas zu thun, um die Sache vor Schaden zu bewahren.

A. Die Verpflichtung zur Gewährleistung des Versprochenen.

1. Gewährleistung des versprochenen Rechts.

a. Bei entgeltlichen Verträgen.

§. 101.

Aus der Natur des entgeltlichen Vertrages folgt die Verpflichtung zur Gewährleistung des an einer Sache versprochenen Rechts.

Im Römischen Recht folgte die Verpflichtung zur Gewährleistung des in Form der Stipulation versprochenen Rechts aus der strengen Natur der obligatio aus einer Stipulation, daher heißt es bezüglich der stipulatio dandi

a) einer individuell bestimmten Sache:

haec stipulatio, fundum Tuscuslanum dari, ostendit, se certi esse, continetque, ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo. l. 75. §. 10. D. 45. 1.

b) einer generell bestimmten Sache:

haeres generaliter dare damnatus . . . ita dare debet, ut habere liceat. l. 45. §. 1. D. 30.
quae de legato dicta sunt, eadem transferre licebit ad eum, qui Stichum vel hominem dari promiserit. l. 46. D. l. c.

Bezüglich der entgeltlichen bonaefidei-Kontrakte ist der Veräußernde zur Evictionsleistung verpflichtet:

a) im Falle der Uebertragung von Eigenthum:

1) beim Kauf. Der Verkäufer muß einstehen für habere licere.
Der Käufer muß
nummos venditionis (venditoris) facere. l. 11. §. 2. D. 19. 1.

2) beim Tausch (do, ut des):
si ea res, quam acceperim, vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem, respondetur. l. 1. §. 1. D. 19. 4.
si permutationis gratia dedit. l. 29. C. 8. 45.

3) beim Vertrage do, ut facias:
si is, quem dedi, evictus est. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

b) Im Falle der entgeltlichen Uebertragung des Gebrauchsrechts (locatio conductio) geht die Verpflichtung dahin:

ut ei praestetur, frui quod conduxit licere. l. 9. pr. D. 19. 2.

es entstand also ein Anspruch:

quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur. l. 15. §. 1. l. c.

ebenso im Falle des ususfructus und der servitutes. l. 15. §. 1. D. 21. 2. l. 46. §. 1. D. 21. 2.

Das A. L. R. verpflichtet bei allen lästigen Verträgen zur Vertretung wegen der Ansprüche eines Dritten auf die vermöge des Vertrages gegebene Sache, §. 323. 1. 5., und verweist auf:

die näheren Bestimmungen bei den verschiedenen Arten der Verträge, §. 324,

namentlich verordnet es beim Kauf, 1. 11:

§. 135. Der Verkäufer ist schuldig, dem Käufer die Sache so zu gewähren, daß dieser dieselbe bedungenermaßen als sein Eigenthum besitzen, nutzen und darüber verfügen könne.

§. 136. Er muß also auch den Käufer gegen alle Ansprüche eines Dritten auf die verkaufte Sache vertreten.

Beim Pacht- und Miethvertrage folgt die Verpflichtung zur Gewährleistung des versprochenen Rechts unmittelbar aus der Natur des Vertrages, denn danach ist der Gebrauch, die Nutzung während einer bestimmten Zeit zu gewähren, §. 291. 418. 1. 21. A. L. R., namentlich wird gesagt:

§. 419. Auch muß er denselben gegen alle darauf (auf die verpachtete Sache) gemachten Ansprüche, insofern dadurch die Nutzungen solcher Grundstücke oder Rechte geschmälert werden, vertreten und schadlos halten.

Das O. G. B. verordnet:

Wenn Jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Andern überläßt, so leistet er Gewähr, . . . daß sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß benutzt und verwendet werden könne. §. 922.

Unter die Fälle der Gewährleistung stellt es den Fall:

wer eine fremde Sache als die seinige veräußert, §. 923.

Der Code Napoléon verpflichtet den Verkäufer:

zur garantie en cas de l'éviction:

quoique lors de la vente il n'ait été fait aucune stipulation sur la garantie. art. 1626.

ebenso im Falle des Tausches, art. 1705.

§. 102.

Die aus der Natur des Geschäfts folgende Verpflichtung zur Gewährleistung des versprochenen Rechts

tritt nicht ein, wenn dem Berechtigten beim Abschluß des Vertrages der Umstand, welcher die Gewährung des Rechts verhindert, bekannt war.

In einem solchen Falle wird nämlich die im Allgemeinen aus der Natur des Geschäfts zu entnehmende Auslegung des Vertrages durch die besondern Umstände, nämlich die Wissenschaft des Erwerbers um den Mangel, widerlegt, und wenn der Erwerber einen Anspruch auf Gewährleistung haben will, muß er ihn sich ausdrücklich vorbedingen.

Im Röm. Recht hatte:

1) im Falle der stipulatio dandi die Wissenschaft des Stipulator um den Mangel des Rechts keinen Einfluß auf die Verpflichtung des Promissor; wenigstens wird dies nirgend angedeutet, vielmehr unbedingt gesagt:

si quis promittat, cujus non commercium habet, ipsi nocere, non mihi. l. 34. D. 45. 1.

Es ist dies auch eine ganz natürliche Folge der strengen Natur der stipulatio dandi.

2) Im Falle eines bonaefidei-Kontraktes dagegen schließt die Wissenschaft des Erwerbers um den Mangel des Rechts die Verpflichtung zur Gewährleistung aus:

si fundum sciens alienum vel obligatum comparavit Athenocles, nec quidquam de evictione convenit, quod eo nomine dedit, contra juris poscit rationem. l. 27. C. 8. 45.

si fundi scientes obligationem, dominium suscepistis, tantum evictionis promissionem solemnitate verborum vel pacto promissam probantes, eos conveniendi facultatem habebitis. l. 7. C. 3. 38.

si emptor solus sciet (furtivum esse, quod venit) non obligabitur venditor. l. 34. §. 3. D. 18. 1.

und:

Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emtio intelligitur, si ab ignorante emitur. l. 4. D. 18. 1.

Das A. L. R. erwähnt den Fall I. 11.:

§. 159. Hat der Käufer gewußt, daß er eine fremde Sache kaufe, und muß er hiernächst dieselbe als unredlicher Besitzer dem wahren Eigenthümer unentgeltlich zurückgeben, so kann er dennoch keine Gewährleistung von dem Verkäufer fordern;

ebenso das O. G. B.:

§. 929. Wer eine fremde Sache wissentlich an sich bringt, hat ebenso wenig Anspruch auf Gewährleistung als ...

Wird nicht das Eigenthum der ganzen Sache entzogen, so wird

der Fall nach den Grundsätzen der Gewährung der Eigenschaften beurtheilt. A. L. R. §. 164. I. 11. O. G. B. §. 928.

Der Code Napoléon giebt dem Käufer einer fremden Sache einen Anspruch auf dommage et intérets nur:

lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui. Art. 1599.

Dagegen findet unbedingt restitution du prix statt. Art 1599. 1629. selbst im Falle der stipulation de non garantie, ausgenommen:

que l'acquéreur ait connu, lors de la vente, le danger de l'éviction ou qu'il ait acheté à ses périls et risques.

b. Bei unentgeltlichen Verträgen.

§. 103.

Im Falle der unentgeltlichen Uebertragung eines Rechts an einer Sache entsteht eine Verpflichtung zur Gewährleistung des versprochenen Rechts nur im Falle eines ausdrücklichen Versprechens der Gewährleistung des Rechts.

Aus einer donatio entstand keinerlei Art von obligatio, namentlich also auch keine Verpflichtung zur Evictionsleistung. Es verpflichtete nicht einmal ein einfaches pactum, sondern nur das Versprechen der Gewährleistung in Form der Stipulation.

Quoniam avus tuus, cum praedia tibi donaret, de evictione eorum cavit, potes adversus cohaeredes tuos ex causa stipulationis consistere ob evictionem praediorum, pro portione scilicet haereditaria. Nudo autem pacto interveniente, minime donatorem hac actione teneri, certum est. l. 2. C. 8. 45.

Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit, inque eam sumptus magnos fecero, et sic evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere. l. 18. §. 3. D. 39. 5.

Das A. L. R. sagt I. 11.

§. 1083. Zur Gewährsleistung wird der Schenkende dem Beschenkten nur durch ein ausdrückliches Versprechen derselben verpflichtet.

Im O. G. B., Code Nap. ist dieser Satz vorausgesetzt. Nur entgeltliche Verträge verpflichten zur Eviktionsleistung.

2. Gewährleistung des thatsächlich Versprochenen.

Es ist zu unterscheiden:

a) Die Gewährleistung des ausdrücklich Versprochenen,
b) die Gewährleistung des stillschweigend Bedungenen.

a. Gewährleistung des ausdrücklich Versprochenen.

α. Bei entgeltlichen Verträgen.

§. 104.

Aus der Natur des entgeltlichen Vertrages folgt die Verpflichtung zur Vertretung

1) **der bedungenen Beschaffenheit der Sache bei Uebertragung des Eigenthums oder Gebrauchsrechts,**
2) **der bedungenen Befähigung zur Leistung der übernommenen Handlungen.**

Im Römischen Recht folgte

a) bezüglich der obligatio dandi einer res certa,

und zwar:

1) aus einer Stipulation die Verpflichtung zur Vertretung einfach aus dem Satze, daß das ausdrücklich Versprochene zu vertreten ist.

Daher heißt es:

Sed ego puto verius, hanc stipulationem, furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse, utilem esse; hoc enim continere, quod interest, horum quid esse, vel horum quid non esse. l. 31. D. 21. 2.

Einzelne Juristen meinten zwar:

Si ita quis stipulanti spondeat, sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse, et caetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur.

Sie gingen nämlich von der Ansicht aus:

quia, si quis est in hac causa, impossibile est, quod promittitur, si non est, frustra est.

Dagegen aber macht Ulpian mit Recht bemerklich:

sed si cui horum fuerit addictum, praestari, multo magis valere stipulationem; alioquin stipulatio, quae ab Aedilibus proponitur, inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit. l. c.

2) Im Falle der emptio venditio war nach der Natur des bonaefidei-Kontrakts vor Allem das Versprochene zu gewähren.

Daher heißt es:

ut id, quod praestaturum se esse pollicitus sit venditor, emptori praestari oporteat. l. 6. §. 8. D. 19. 1.

und speziell:

si dixerit hominem litteratum, vel artificem, praestare debet. l. 43. pr. D. 18. 1.

animi autem vitium praestabit, si promisit. l. 4. §. 3. D. 21. 1.

si dictum est hoc abesse. l. 4. §. 4. l. c.

si venditor pronuntiaverit vel promiserit, furem non esse, tenetur ex sua promissione, si furtum servus facit. l. 31. §. 1. l. c.

si dixerit, hunc furem non esse, ex illa parte tenebitur, quod dixit promisitque. l. 52. l. c.

si vas aliquod mihi vendideris, et dixeris certam mensuram capere, vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes.

sed si vas mihi vendideris, ita ut affirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi. l. 6. §. 4. D. 19. 1.

in vendendo fundo quaedam ita demum praestanda sunt, si dicta sint, veluti viam, iter, actum, aquaeductum praestatuiri, idem et in servitutibus praediorum urbanorum. l. 66. pr. D. 18. 1.

si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit, accessurum iter vel actum, tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. l. 77. D. 21. 2.

si fundo iter accessurum dixero, omnimodo tenebor itineris nomine. l. 6. §. 6. D. 19. 1.

Im Falle eines solchen ausdrücklichen Versprechens befreit:

1) eine Unkenntniß des Versprechenden um den Mangel denselben nicht von der Vertretung:

tenetur ex empto venditor, etiamsi ignoraverit, minorem fundi modum esse. l. 6. pr. D. 19. 1.

quid tamen, si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum, et caro vendidit? Videamus an ex empto teneatur; et putem, teneri.

Den Einwand:

atqui ignoravit

beseitigt Ulpian durch die Bemerkung:

sed non debuit facile, quae ignorabat, adseverare, non debuit facilis esse ad temerariam indicationem. l. 13. §. 3. D. l. c.

2) Auch die Wissenschaft um den Mangel Seitens des Erwerbers befreit den Versprechenden nicht von der Vertretung.

Für den Fall eines Versprechens in Form der Stipulation sagt dies ausdrücklich Ulpian:

Item Labeo scribit, si quis fugitivum esse sciens, emerit servum, et si stipulatus fuerit fugitivum non esse, deinde agat ex stipulatu, non esse eum exceptione repellendum, quoniam hoc convenit, quamvis ex empto actionem non haberet. l. 4. §. 5. D. 44. 4.

Für den Fall eines Pactums wird dieser Fall nicht ausdrücklich erwähnt, wohl aber wird überall von dem Grundsatz ausgegangen, das ausdrücklich Versprochene muß unbedingt gewährt werden:

tenebitur, quod dixit, promisitve. l. 52. D. 21. 1.
tenetur ex sua promissione. l. 31. §. 1. l. c.
omnino tenebor. l. 6. §. 6. D. 19. 1.

Diejenigen Stellen, in denen gesagt wird, auch im Falle eines ausdrücklichen Versprechens falle der Anspruch auf Gewährleistung fort, wenn der Erwerber den Mangel kannte, gehen von der Voraussetzung aus, daß ein Versprechen allgemeiner Art gemacht ist, und es sich nur um einen einzelnen Mangel handelt:

veluti si quis hominem luminibus effossis emat, et de sanitate stipuletur; nam de caetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat. l. 43. §. 1. D. 18. 1.

In einem solchen Falle soll ein einzelner augenscheinlicher Mangel ebenso behandelt werden, wie ein speziell ausgenommener Mangel:

perinde ac si nominatim morbus exceptus fuisset. l. 14. §. 10. D. 21. 1.

Nur auf derartige unbestimmte Versprechungen ist daher auch die Regel anwendbar:

quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit. l. 43. §. 1. D. 18. 1.

wie denn überhaupt für unbestimmte Anpreisungen der Grundsatz gilt:

Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant. l. 43. pr. l. c.

Wo dagegen ein bestimmtes Versprechen vorliegt mit der Absicht der Gewährleistung:

ut praestentur, non ut jactentur. l. 19. §. 3. D. 21. 2.
praestaturum se quod promisit, nicht bloß commendandi causa. l. 19. pr. l. c.

da ist die Verpflichtung zur Gewährleistung eine unbedingte. Denn mit Rücksicht auf das Versprechen wird die Gegenleistung bestimmt:

nam hoc ipso pluris vendit. l. 43. pr. D, 18. 1.
caro vendidit. l. 13. §. 3. D. 19. 1.

2) Die Fertigung eines Werkes, verbunden mit Eigenthums-übertragung, und die Lieferung einer generell bestimmten Sache wird nach den Grundsätzen der emptio venditio beurtheilt. Die versprochene Beschaffenheit muß daher gewährt werden.

3) Im Fall der locatio conductio gilt der Grundsatz:
conductor omnia secundum legem conductionis facere debet. l. 25. §. 3. D. 19. 2.
si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. l. 15. §. 1. D. 19. 2.

also sowohl im Falle der locatio conductio rerum als im Falle der locatio conductio operarum oder operis.

Das A. L. R. verordnet zunächst allgemein 1. 5.:
§. 270. In der Regel müssen Verträge nach ihrem ganzen Inhalt erfüllt werden.

und:
§. 317. Auch die Leistung der Gewähr gehört zur Erfüllung eines Vertrages.

Demnächst aber bestimmt es insbesondere bezüglich „aller lästigen Verträge" §. 318.:
§. 319. Er muß die . . im Kontrakt ausdrücklich vorbedungenen Eigenschaften (der gegebenen Sache, §. 318.) vertreten.

und:
§. 325. Fehlen der Sache ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften, so ist der Empfänger auf die Gewährung derselben anzutragen berechtigt.

namentlich also auch, wenn
die Freiheit von einer gewissen Last ausdrücklich vorbedungen worden. §. 334.

Diese allgemeinen Bestimmungen gelten ebenso, wenn es sich um eine individuell, als wenn es sich um eine generell bestimmte Sache oder um Fertigung eines Werkes handelt.

Sie werden daher auch speziell erwähnt:

a) beim Kauf und Tausch 1. 11.:
§. 192. Die Sache muß in der Beschaffenheit übergeben werden, wie sie von dem Käufer bedungen worden.

namentlich also:
§. 207. Hat der Verkäufer ein bestimmtes Maaß oder Gewicht, oder eine gewisse Zahl bei der Sache zu gewähren sich ausdrücklich verpflichtet, ꝛc. ꝛc.

§. 175. Für die auf einem Grundstück haftenden gemeinen Lasten darf der Verkäufer nur alsdann Vertretung leisten,

wenn er dieselben in Abrede gestellt oder die Vertretung ausdrücklich übernommen hat.

b) Beim Lieferungsvertrag nach den Grundsatz:

§. 987. Nach geleisteter Lieferung findet unter den Kontrahenten alles das statt, was zwischen Käufern und Verkäufern Rechtens ist.

c) Beim Vertrage über ein zu fertigendes Werk wird der Fall erwähnt:

wenn der Sache eine ausdrücklich vorbedungene Eigenschaft ermangelt. §. 953.

d) Beim Miethvertrage können

besondere Bequemlichkeiten oder vorher nicht gewöhnlich gewesene Nutzungen

insofern gefordert werden,

als der Vermiether oder Verpächter sich dazu ausdrücklich verpflichtet hat. §. 277. 1. 21.

und wenn

ein Pächter, wohl wissentlich, ein verfallenes oder verwüstetes Gut in Pausch und Bogen gepachtet hat,

so kann er die Wiederherstellung fordern,

sofern er sich dieselbe vorbedungen hat. §. 276.

e) Bei gewagten Geschäften 1. 5.:

§. 347. Ist eine gewisse Beschaffenheit ausdrücklich vorbedungen worden, so muß dieselbe gewährt oder vertreten werden.

Endlich wird der Fall erwähnt:

wenn dem Dienstboten diejenige Geschicklichkeit gänzlich mangelt, die er auf Befragen bei der Vermiethung ausdrücklich angegeben hat. §. 131. Gesinde-Ord. v. 8. Novbr. 1810.

Zu bemerken ist dabei:

1) Eine Unkenntniß des Versprechenden um den Mangel — der überhaupt nur vorkommen kann, wenn es sich um versprochene Eigenschaften einer individuell bestimmten Sache oder der Person handelt — befreit ihn nicht von der Vertretung, denn es wird dies nirgend gesagt, vielmehr die Verpflichtung zur Vertretung als eine unbedingte bezeichnet.

2) Die Wissenschaft dessen, dem das Versprechen gemacht wird, um den vorhandenen Mangel, befreit ebenfalls den Versprechenden nicht von der Vertretung. Es folgt dies eines Theils aus der unbedingten Fassung der Bestimmungen, andern Theils daraus, daß nur im Falle der stillschweigend vorausgesetzten Eigenschaften auf die Wissenschaft des Empfängers Rücksicht genommen wird.

Die allgemeinen Vorschriften bezüglich des Irrthums in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache (§§. 77. ff.

1. 4.) finden deshalb keine unmittelbare Anwendung, wenn es sich bei einem Vertrage um ausdrücklich versprochene Eigenschaften handelt.

Das O. G. B. verpflichtet im Allgemeinen zu „genauer Erfüllung des Vertrages", namentlich zur Erfüllung „auf die bedungene Weise". §. 919.

Speziell aber bestimmt es:

> §. 922. Wenn Jemand einem Andern eine Sache auf eine entgeltliche Art überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die ausdrücklich bedungenen Eigenschaften habe.
>
> §. 923. Wer also der Sache Eigenschaften beilegt, die sie nicht hat und die ausdrücklich . . bedungen worden sind . ., wer fälschlich vorgiebt, daß die Sache zu einem bestimmten Gebrauche tauglich, oder daß sie auch von den gewöhnlichen Mängeln und Lasten frei sei, der hat, wenn das Widerspiel hervorkommt, dafür zu haften.

und im Falle der Uebergabe von Sachen in Pausch und Bogen, wenn

> eine von ihm fälschlich vorgegebene oder von dem Empfänger bedungene Beschaffenheit mangelt. §. 930.

Nach dieser Fassung befreit die Unkenntniß des Versprechenden um den Mangel denselben nicht von der Vertretung, ebensowenig aber auch die Wissenschaft des andern Kontrahenten um den Mangel, die das O. G. B. erwähnt

> im Falle einer ausdrücklichen Zusage, daß die Sache von allen Fehlern und Lasten frei sei. §. 928.

Im Falle des Lohnvertrages erwähnt das O. G. B.:

> wesentliche Mängel, die das Werk zum Gebrauch untüchtig machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwider laufen.

in dem Sinne, daß jeder Mangel „gegen die ausdrückliche Bedingung" ein wesentlicher und zu vertreten ist. §. 1153.

Der Code Napoléon gedenkt beim Kauf nicht der ausdrücklich versprochenen Eigenschaften. Es ist daher der allgemeine Grundsatz durchgreifend:

> les conventions obligent à ce qui y est exprimé. Art. 1135.

Nur der eine Fall wird hervorgehoben:

> Art. 1616. Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle, qu'elle est portée au contrât, sous les modifications ci-après exprimées.

Vor Allem ist dabei entscheidend die Verabredung der Parteien (stipulation, Art. 1619.), in deren Ermangelung treten die gesetzlichen Bestimmungen ein. Art. 1617—1623.

β. Bei unentgeltlichen Verträgen.

§. 105.

Aus einem unentgeltlichen Vertrage entsteht in den vorstehend gedachten Fällen nur dadurch eine Verpflichtung zur Vertretung, daß die Vertretung selbst ausdrücklich versprochen wird.

Daher sagt das Römische Recht:

Ad res donatas edictum Aedilium non pertinere dicendum est. l. 62. D. 21. 1.

Diese Bestimmung gilt auch von dem Falle:

si contra dictum promissumve. l. 38. §. 10. l. c.

ein Mangel hervortritt.

Auch in diesem Falle ist jede Klage auszuschließen:

ne eo casu liberalitatis suae donator poenam patiatur. l. 62. l. c.

Hat dagegen der donator die Gewährleistung ausdrücklich versprochen, so haftet er natürlich in Folge des Versprechens.

Das A. L. R. sagt ausdrücklich 1. 11.:

§. 1083. Zur Gewährleistung wird der Schenkende dem Beschenkten nur durch ein ausdrückliches Versprechen derselben verpflichtet.

also nicht schon durch das Versprechen, daß die Sache von einer bestimmten Beschaffenheit sei.

Im O. G. B. folgt dasselbe daraus, weil nur bei entgeltlichen Verträgen die Verpflichtung besteht, für die versprochenen Eigenschaften einzustehen.

Dasselbe ist nach dem Code Napoléon anzunehmen.

Die Gesetze erwähnen nicht den Fall eines Versprechens besonderer Eigenschaften bei unentgeltlichen Verträgen, wodurch eine andere Verpflichtung als Uebertragung von Eigenthum übernommen wird. Jedenfalls sind alle derartige Fälle nach demselben Grundsatz zu beurtheilen, namentlich also das unentgeltliche Versprechen des Nießbrauchs eines Wohnungsrechts (habitatio) und der Leihvertrag, und das unentgeltliche Versprechen von Handlungen.

b. Gewährleistung des stillschweigend Bedungenen.

§. 106.

Aus der Natur der entgeltlichen Verträge folgt die Verpflichtung zur Vertretung

1) der gewöhnlichen Brauchbarkeit der Sache bei Uebertragung des Eigenthums oder Gebrauchsrechts,

2) der gewöhnlichen Befähigung zur Leistung der übernommenen Handlungen.

Im Römischen Recht war bei Stipulationen eine nicht ausdrücklich bedungene Beschaffenheit einer Sache nicht zu gewähren. Es galt vielmehr der Grundsatz:

talis dari debet, qualis est. l. 45. §. 2. D. 30.

namentlich haftete man nicht für sanitas servi, denn:

sanitas servi ad proprietatem ejus nihil pertinet. l. 45. §. 1. l. c.

Auch bei emptio venditio galt ursprünglich diese Ansicht, daher sagte man:

si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum duntaxat te praestare debere. l. 6. §. 4. D. 19. 1.

Später ging man jedoch davon ab und stellte den Grundsatz auf, die Sache müsse integer und sanus sein. Daher heißt es:

Labeo contra putat, et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat, et est verum. l. 6. §. 4. l. c.

Es haftete also:

qui pecus morbosum, aut tignum vitiosum vendidit . . . qui furem vendidit aut fugitivum. l. 13. pr. §. 1. l. c.

und:

si p . tibilis fundus, . . pestibiles herbas vel lethiferas habens, distractus sit. l. 4. C. 4. 58.

namentlich auch:

si certum corpus accessurum fuerit dictum,

für dessen Integrität und Sanität:

Proinde Pomponius ait, justam causam esse, ut, quod in venditione accessurum esse dictum est, tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit, quod principaliter veniit; nam jure civili, ut integra sint, quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint. l. 33. pr. D. 21. 1.

quidquid venditor accessurum dixerit, id integrum ac sanum tradi oportet, veluti si fundo dolia accessura dixisset, non quassa sed integra dare debet. l. 27. D. 19. 1.

Wenn es in der Wahl des Verkäufers stand, von mehreren

Sachen einzelne zu geben (quae vellet dare. l. 60. D. 18. 1.), so galt ebenfalls der Grundsatz:

quae vult, dum integra det. l. 54. §. 1. D. 19. 1.

Nur ausnahmsweise:

si dolia octoginta accedere fundo, quae infossa essent, . . si sola octoginta sunt, qualiacunque emptorem sequentur.

galt der Grundsatz:

nec pro non integris quidquam ei venditor praestabtt. eod. l. c.

Im Falle des Aedilitischen Edikts haftete der Verkäufer namentlich für morbus und vitia.

Auch bei locatio conductio haftete der locator für die Brauchbarkeit der Sache:

Der locator wurde also verantwortlich:

si quis dolia vitiosa locaverit . . . si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur. l. 19. §. 1. D. 19. 2.

si villa non reficitur vel stabulum, vel ubi greges ejus stare oporteat. l. 15. §. 1. l. c.

Die Unkenntniß des Veräußernden um den Mangel befreite ihn nicht von der Vertretung. Er haftete auch:

si ignorans fecit.. si ignorans dederit. l. 13. pr. D. 19. 1.
nec ignorantia ejus erit excusata. l. 19. §. 1. D. 19. 2.
si ignorasti, pensionem non petes. eod. l. c.

Denn die Verpflichtung zur Vertretung folgte unmittelbar aus dem Vertrage.

Es wird daher bezüglich des Aedilitischen Edikts gesagt:

dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea, quae aediles praestari jubent, tamen teneri debere.

Als Grund giebt Ulpian an:

potuit enim ea nota habere venditor.

Dieser Grund ist jedoch nicht ganz richtig, denn wenn auch der Verkäufer von aller Schuld frei war, haftete er doch, weil die Verabredung dahin auszulegen war, daß er unbedingt hafte. Zutreffender ist der Grund:

neque interest emptoris, cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate. l. 1. §. 2. D. 21. 1.

Das A. L. R. verordnet allgemein I. 5.:

§. 318. Bei allen lästigen Verträgen, wo nicht besondere Gesetze oder ausdrückliche Verabredungen ein Anderes mit sich bringen, muß ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalt des Vertrages bedienen könne.

§. 319. Er muß die bei der Sache gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften vertreten.

namentlich beim Kauf 1. 11.:

§. 193. Ist keine besondere Beschaffenheit vorbedungen, so muß die Sache diejenigen Eigenschaften haben, die bei einer jeden Sache derselben Art gewöhnlich vorausgesetzt werden.

§. 197. Hat die Sache die beim Kauf vorausgesetzten Eigenschaften nicht, so wird sie fehlerhaft genannt.

§. 198. Wegen fehlerhafter Beschaffenheit der verkauften Sache finden die Vorschriften Tit. V. §§. 319. ff. Anwendung.

Beim Lieferungsvertrage gilt dasselbe:

nach geleisteter Lieferung. §. 987.

Bei Fertigung eines Werkes muß dasselbe

tüchtig und kontraktmäßig gefertigt sein. §§. 945. 947.

Beim Mieth- und Pachtvertrage 1. 21.:

§. 272. Die verpachtete muß so, wie die vermiethete Sache, in brauchbarem Stande überliefert werden.

§. 291. Bei Miethungen ist der Vermiether, im Mangel besonderer Verabredungen, schuldig, die Sache während der kontraktmäßigen Zeit in brauchbarem Stande zu unterhalten.

§. 296. Wieweit die Sorge für die Unterhaltung der Sache in brauch- und nutzbarem Stande dem Pächter oder Verpächter obliege, wird unten näher bestimmt.

Bei Verträgen über Handlungen ist der Handelnde zur Vertretung verpflichtet,

wenn er untüchtig befunden wird. §. 907. 1. 11.

namentlich beim Dienstvertrage,

wenn demselben die nöthige Geschicklichkeit zu den nach seiner Bestimmung ihm obliegenden Geschäften ermangelt. §. 143. Nr. 1. Gesinde-Ord. v. 8. Novbr. 1810.

Auch nach dem A. L. R. ist anzunehmen, daß die Verpflichtung zur Vertretung unmittelbar aus dem Vertrage folgt, also eine Unkenntniß des sich Verpflichtenden ihn nicht befreit.

Das O. G. B. verordnet:

§. 922. Wenn Jemand eine Sache auf eine entgeltliche Art einem Andern überläßt, so leistet er Gewähr, daß sie die gewöhnlich dabei vorausgesetzten Eigenschaften habe und daß sie der Natur des Geschäfts oder der getroffenen Verabredung gemäß benutzt und verwendet werden könne.

Es tritt also eine Verpflichtung ein Seitens dessen,

wer die stillschweigend bedungenen Eigenschaften nicht gewährt, oder:

ungewöhnliche Lasten oder Mängel derselben verschweigt. §. 923.

und zwar unbedingt, also ohne Rücksicht auf Unkenntniß des Veräußernden.

Bei Fertigung eines Werkes haftet der Arbeiter für wesentliche und unwesentliche Mängel. §. 1153.

Beim Bestandvertrage heißt es:

§. 1096. Die Vermiether und Verpächter sind verpflichtet, das Bestandstück auf eigene Kosten in brauchbarem Stande zu übergeben und zu erhalten.

Der Code Napoléon stellt beim Kauf den allgemeine Grundsatz auf:

Art. 1614. La chose doit être délivrée en l'état où elle se trouve au moment de la vente.

und macht außerdem verantwortlich für:

la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue, qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. Art. 1641.

Es tritt also nur eine Verpflichtung für unbedungene Eigenschaften ein, wenn sie wesentlich sind.

Diese Verpflichtung aber ist eine unbedingte:

Art. 1643. Il est tenu de vices cachés, quand même il ne les aurait pas connus, à moins que, dans ce cas, il n'ait stipulé, qu'il ne sera obligé à aucune garantie.

Bezüglich des louage des choses bestimmt er:

Art. 1720. Le bailleur est tenu de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce.

Il doit y faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que les locatives.

Art. 1721. Il est dû garantie pour tous les vices ou défauts de la chose louée, qui en empêchent l'usage, quand même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail.

S'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser.

§. 107.

Wenn schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Mängel verursachen, daß die individuell bestimmte Sache nicht in gewöhnlicher Weise brauchbar übergeben werden kann oder der Person die gewöhnliche Befähigung abgeht, so hat derjenige, welchem

beim Abschluß des Vertrages die vorhandenen Mängel bekannt oder nur in Folge eigener Unaufmersamkeit unbekannt blieben, keinen Anspruch auf Gewährleistung.

Der Grund zur Vertretung nicht ausdrücklich versprochener Eigenschaften der Sache oder Person liegt in der aus der Natur der entgeltlichen Verträge folgenden Voraussetzung, die Absicht der Kontrahenten sei auf gewöhnliche Brauchbarkeit der Sache, gewöhnliche Befähigung der Person gegangen.

Wird diese Voraussetzung durch die besonderen Umstände widerlegt, so fällt auch die im Allgemeinen geltende Verpflichtung zur Vertretung fort.

Eine Widerlegung liegt darin, daß Jemand das Entgelt verspricht, obwohl ihm die Mängel bekannt sind, welche verursachen, daß die Sache nicht in gewöhnlicher Weise brauchbar übergeben werden kann, oder daß der Person die gewöhnliche Befähigung abgeht.

Es müssen also die Mängel schon zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden sein. Dies setzt, soweit es sich um Mängel einer Sache handelt, voraus, daß die Sache durch den Vertrag individuell bestimmt sei. Der gedachte Grundsatz findet also keine Anwendung, wenn die Sache durch den Vertrag generell bestimmt ist, und erst später, nämlich durch die Uebergabe, individuell bestimmt wird.

Man ist aber noch weiter gegangen. Es ist zunächst Sache dessen, der ein Recht an einer Sache erwirbt, der sich eine Handlung versprechen läßt, die Beschaffenheit der Sache, die Befähigung der Person zu prüfen. Deshalb ist der Grundsatz aufgestellt worden: Wem die vorhandenen Mängel nur deshalb unbekannt geblieben sind, weil er die schuldige Aufmerksamkeit nicht anwendete, der wird ebenso behandelt, wie der, welcher die Mängel kannte.

Es kommt also darauf an, ob ein gerechtfertigter oder ungerechtfertigter Irrthum vorliegt.

Aber es ist unrichtig, wenn man meint:

Ursache des Anspruchs auf Gewährleistung sei der Irrthum.

Ursache des Anspruchs auf Gewährleistung ist vielmehr der präsumtiv vorhandene consensus der Kontrahenten. Und nur wenn ausnahmsweise in Folge der besonderen Umstände ein solcher consensus nicht anzunehmen ist, entsteht kein Anspruch auf Gewährleistung, namentlich also im Falle der Wissenschaft um den Mangel, resp. der dem Wissen gleichgestellten selbstverschuldeten Unwissenheit.

Man muß also vielmehr sagen:

Wissenschaft um den Mangel resp. selbstverschuldeter Irrthum ist die Ursache des Wegfalls des Anspruchs auf Gewährleistung.

Was die Rechtsgeschäfte anbelangt, bezüglich deren dieser Grundsatz in Anwendung kommt, so sind dies:

1) die auf Eigenthumsübertragung an individuell bestimmten Sachen gerichteten Verträge.

Das Röm. Recht erwähnt nur bei dieser Art von Verträgen den aufgestellten Grundsatz. Es schließt den Anspruch auf Vertretung vorhandener Mängel aus:

si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit. l. 43. §. 1. D. 18. 1.

si palam appareant. l. 43. pr. l. c.

Im Falle der dem Aedilitischen Edikt unterliegenden Mängel gilt der Grundsatz:

si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur. l. 37. D. 21. 1.

Ausgeschlossen ist also der Anspruch:

si emptor sciret de fuga, aut vinculis, aut caeteris rebus similibus. l. 48. §. 4. l. c.

si talis morbus, qui omnibus potuit apparere. l. 14. §. 10. l. c.

si intelligatur vitium morbusve mancipii, ut plerumque signis quibusdam solent demonstari vitia, potest dici, edictum cessare, hoc enim tantum intuendum est, ne decipiatur emptor. l. 1. §. 6. D. l. c.

ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. l. 14. §. 10. D. l. c.

Das A. L. R. geht zunächst von dem ganz allgemeinen Grundsatz aus 1. 4.:

§. 81. Irrthum in solchen Eigenschaften der Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet die Willenserklärung.

§. 82. Doch besteht dieselbe, wenn der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat.

Auf diesen Grundsatz verweist es ausdrücklich bei der Lehre von der Gewährleistung, indem es bestimmt 1. 5.:

§. 329. Fehlen der Sache solche Eigenschaften, die dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, so finden die Vorschriften des §§. 81. 82. 1. 4. Anwendung.

Damit wollte man sagen:

Im Falle selbstverschuldeten Irrthums findet kein Anspruch auf Gewährleistung statt.

In soweit stimmt also das A. L. R. mit dem Römischen Recht überein.

Demnächst aber macht es eine ungerechtfertigte Folgerung.

Bei der Frage:

ob ein Anspruch auf Gewährleistung entsteht oder nicht,

ist entscheidend, ob dem Berechtigten der vorhandene Mangel beim Abschluß des Vertrages bekannt war oder nur in Folge eigenen Verschuldens unbekannt blieb.

Das A. L. R. übersieht dies und betrachtet das Verhalten des Empfängers bei der Uebergabe der Sache. Es sagt:

§. 330. Ist also der Fehler in die Augen fallend und der Empfänger hat die Sache ohne denselben ausdrücklich zu rügen übernommen, so kann er weder vom Vertrage zurücktreten, noch Vergütung fordern.

Diese Bestimmung ist offenbar keine Folge der §§. 81. 82. 1. 4., welche nur von einem Irrthum bei der Willenserklärung, also bezüglich der Verträge beim Abschluß des Vertrages, handeln, sondern es ist eine neue besondere Bestimmung.

Ihr wirklicher richtiger Sinn kann nur sein:

Der Anspruch auf Gewährleistung geht verloren, wenn Jemand eine Sache übernimmt, ohne deren augenfällige Fehler zu rügen.

In diesem Falle wird also eine Entsagung angenommen.

Diese Bestimmung kommt daher in gleicher Weise in Anwendung, es mag die Sache durch den Vertrag individuell oder generell bestimmt sein; denn in beiden Fällen ist die Sache bei der Uebergabe individuell bestimmt, während der aus §§. 81. 82. I. 4. folgende Grundsatz nur in Anwendung kommen kann, wenn die Sache durch den Vertrag individuell bestimmt ist.

Der demnächst folgende

§. 331. Ist aber der Fehler nicht in die Augen fallend, so findet Alles statt, was von dem Mangel einer solchen Eigenschaft, deren Gewährung ausdrücklich versprochen worden ist, §§. 325—328. vorgeschrieben ist.

ist in dieser allgemeinen Fassung unrichtig.

Richtig ist er nämlich nur, insofern es sich um eine generell bestimmte Sache handelt. Denn diese wird durch die Uebergabe individuell bestimmt, der Anspruch auf Gewährleistung kann also erst in Folge der Uebergabe hervortreten.

Unrichtig aber ist jener Satz, insofern die Sache schon durch den Vertrag individuell bestimmt ist. In einem solchen Falle wird nämlich — soweit aus dem Verhalten bei der Uebergabe keine Entsagung des Anspruchs auf Gewährleistung folgt — der Anspruch nicht durch das Verhalten des Empfängers bei der Uebergabe

bedingt, sondern durch das Verhalten desselben beim Abschluß des Vertrages, und entscheidend ist nur:

ob der Fehler beim Abschluß des Vertrages in die Augen fallend war oder nicht.

Das O. G. B. hat die unrichtige Fassung des A. L. R. vermieden, indem es verordnet:

§. 928. Fallen die Mängel einer Sache in die Augen oder sind die auf der Sache haftenden Lasten aus den öffentlichen Büchern zu ersehen, so findet keine Gewährleistung statt.

ebenso der Code Napoléon, indem er sagt:

Art. 1642. Le vendeur n'est pas tenu des vices apparens et dont l'acheteur aurait pu se convaincre lui même.

2) Die auf Uebertragung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts gerichteten Verträge betreffend, so geht die Verpflichtung dahin:

beim Beginn und während der Dauer des Gebrauchs- und Nutzungsrechts die Sache in brauchbarem Zustande zu übergeben und zu erhalten.

Etwa zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandene Mängel müssen also bis zur Uebergabe behoben werden. Nur wenn die Mängel derartig sind, daß sie bis zur Uebergabe nicht behoben werden können, und dies dem Erwerber des Rechts bekannt war oder nur in Folge eigenen Verschuldens unbekannt blieb, ist anzunehmen, der Erwerber habe das Gebrauchs- und Nutzungsrecht ungeachtet dieser Mängel erwerben wollen. Nur in einem solchen Falle also verliert der Erwerber einen Anspruch auf Vertretung des Mangels.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht:

aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt, et habent, quod sibi imputent l. 13. §. 6. D. 39. 2.

und die Glosse giebt den Grund richtig dahin an:

indignus est auxilio, qui ab initio fuit negligens.

Gedachte Bestimmung wird zwar nur bei Gelegenheit der Frage:

an inquilinis suis dominus aedium cavere possit?

erwähnt, allein es liegt ihr der allgemeine Gedanken zu Grunde:

wer von Haus aus vitiosas aedes miethet, der hat keinen Anspruch auf Vertretung, wenn er die vitia kannte oder sie ihm nur in Folge ihm zuzurechnenden Irrthums unbekannt blieben.

Nach der allgemeinen Fassung der §§. 318. ff.:

Bei allen lästigen Verträgen muß ein Theil dem andern dafür haften, daß sich derselbe der gegebenen Sache nach der Natur und dem Inhalt des Vertrages bedienen könne.

würden auch die §§. 329. ff. auf Mieth- und Pachtverträge anzuwenden sein. Sie sind aber nicht in allen Beziehungen anwendbar,

denn die im §. 330. ausgesprochene Verpflichtung zur Rüge des Mangels und die im Unterlassungsfalle anzunehmende Entsagung ist bei Pacht- und Miethverträgen durch die besonderen Bestimmungen ausgeschlossen. Auch nach Uebernahme der Sache ohne Rüge der Mängel hat der Miether oder Pächter Ansprüche auf Grund der Mängel §§. 272. ff. 1. 21., und nur in besonderen Fällen verliert er den Anspruch, wenn er den Anspruch nicht rechtzeitig rügt. §§. 623 ff. 1. 21.

Dagegen steht der Anwendung der allgemeinen Grundsätze der §§. 81. 82. 1. 4. an sich nichts entgegen.

Daß man aber an eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen auf Mieth- und Pachtverträge nicht dachte, ergiebt sich daraus, daß man den Anspruch auf Vertretung der Mängel nur in dem Falle ausschloß:

wenn ein Pächter wohlwissentlich ein verfallenes oder verwüstetes Gut in Pausch und Bogen gepachtet. §§. 275. ff. 1. 21.

Die Vorschriften des O. G. B. bezüglich der Gewährsmängel lassen nach ihrer allgemeinen Fassung zwar auch eine Anwendung auf Pacht- und Miethverträge zu, doch deutet der Ausdruck:

wer eine Sache einen Andern überläßt. §. 922.

noch bestimmter als die landrechtliche Fassung darauf, daß man nur an Eigenthums-Uebertragung dachte.

Bei Pacht- und Miethverträgen findet sich keine bezügliche Bestimmung.

Auch der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

Es muß daher anerkannt werden, daß die Gesetzbücher an eine Anwendung des aufgestellten Grundsatzes auf Mieth- und Pachtverträge nicht gedacht haben.

Es wird auch eine Anwendung des Grundsatzes seltener vorkommen als beim Kauf. Aber deshalb den Grundsatz bei Pacht- und Miethverträgen unbedingt auszuschließen, dürfte sich nicht rechtfertigen.

3) Bei Verträgen, welche die Leistungen von Handlungen betreffen, erwähnt keines der Gesetzbücher den aufgestellten Grundsatz. Derselbe wird auch selten in Anwendung kommen. Aber auch bezüglich solcher Verträge dürfte sich die Anwendung nicht unbedingt ausschließen lassen.

Namentlich läßt die allgemeine Bestimmung des A. L. R. 1. 4.:

§. 81. Irrthum in solchen Eigenschaften der Person, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet die Willenserklärung.

§. 82. Doch besteht dieselbe, wenn der Irrende durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen seinen Irrthum veranlaßt hat.

eine Anwendung auf derartige Verträge zu.

B. Verpflichtung zur Anwendung von Aufmerksamkeit bei Erfüllung der Verpflichtung.

1. Verabredung bezüglich des Grades der Aufmerksamkeit.

§. 108.

Welcher Grad der Aufmerksamkeit bei Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen zu vertreten ist, darüber entscheidet zunächst die Verabredung der Kontrahenten.

Doch ist ein Vertrag, daß auch ein vorsätzliches Zuwiderhandeln gegen die Verpflichtung nicht vertreten werden soll, nichtig.

Das Römische Recht sagt daher:

sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus, vel minus (nämlich ein höherer oder niederer Grad von culpa), in singulis contractibus, nam hoc servabitur, quod initio convenit; legem enim contractus dedit. l. 23. D. 50. 17.

und:

dolum malum, quem semper abesse oportet in judicio, quod bonae fidei sit. l. 6. §. 9. D. 19. 1.

non valere, si convenit, ne dolus praestetur . . . hoc enim bonae fidei judicio contrarium est. l. 23. D. 50. 17.

haec conventio (dolum non esse praestandum) contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est. l. 1. §. 7. D. 16. 3.

pactio, ne dolus praestetur, rata non est. l. 17. pr. D. 13. 6.

Das A. L. R. verordnet 1. 5.;

§. 277. Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen läßt, ist in allen Fällen zum Schadenersatz verpflichtet.

Dann giebt es an, in welchen Fällen auch ein mäßiges und geringes Versehen zu vertreten ist und bestimmt schließlich:

§. 283. Auch steht den Kontrahenten frei, die Grade des Versehens, zu welchen sie sich verpflichten wollen, in dem Vertrage anders zu bestimmen.

also nur die Grade des Versehens können anders bestimmt werden, nicht aber darf verabredet werden, daß auch das grobe Versehen nicht vertreten werden soll.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung und auch der Code Napoléon nur den Satz:

Les conventions doivent être exécutées de bonne foi; Art. 1134.

2. Grad der Aufmerksamkeit bei entgeltlichen und unentgeltlichen Verträgen.

§. 109.

In Ermangelung einer besonderen Verabredung ist jeder Kontrahent verpflichtet, bei Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen die gewöhnliche Aufmerksamkeit anzuwenden. Wer jedoch eine Verpflichtung unentgeltlich übernimmt, der haftet bei deren Erfüllung nur für vorsätzliches Zuwiderhandeln und grobes Versehen.

Im Römischen Recht haftete der Verpflichtete bei Obligationen aus Stipulationen unbedingt für culpa:

veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. l. 91. §. 3. D. 45. 1.

und bei der obligatio faciendi für negligentia:

modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris. 137. §. 3. l. c.

Erst bei bonaefidei-Kontrakten kam die Lehre von der Zurechnung zur näheren Entwickelung.

Bona fides wurde in verschiedenem Sinne verstanden.

Einerseits verstand man darunter Abwesenheit von dolus malus:

fides bona contraria est fraudi et dolo. l. 3. §. 3. D. 17. 2.

existimo, te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est, non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa. l. 68. pr. D. 18. 1.

dolum malum, quem semper abesse oportet in judicio empti, quod bonae fidei sit. l. 6. §. 9. D. 19. 1.

in contractibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest. l. 152. §. 3. D. 50. 17.

Andrerseits aber wurde unter bona fides Abwesenheit von dolus und culpa verstanden, z. B.:

omnia enim, quae contra bonam fidem fiunt, veniunt in empti actionem. l. 1. §. 1. D. 19. 1.

Aus dem Umstande, daß ein Vertrag ein bonaefidei-Kontrakt war, ließ sich also nicht bestimmen, ob nur dolus oder auch culpa zu vertreten war:

venit autem in hoc judicium pro socio bona fides. Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. l. 52. §. 1. 2. D. 17. 2.

Es wurde hierüber zunächst nach Billigkeit entschieden:

bona fides, quae in contractibus exigitur, aequitatem summam desiderat. l. 31. pr. D. 16. 3.

Demnächst wurden aber bestimmte Grundsätze aufgestellt, und zwar galt im Allgemeinen der Grundsatz:

es ist dolus und culpa zu vertreten.

namentlich also:

bei Consensualverträgen:

dolum et culpam recipiunt: mandatum, venditum, locatum, societas. l. 23. D. 50. 17.

und bei den Realverträgen: commodat und pignus diligentia. l. 1. §. 4. D. 44. 47.

Dagegen ergab sich bezüglich des depositi eine besondere Eigenthümlichkeit.

Es war ein Vertrag, von dem man sagte:

totum fidei ejus commissum, quod ad custodiam rei pertinet. l. 1. pr. D. 16. 3.

Die Deposition erfolgte in der Regel ausschließlich im Interesse des Deponirenden; man verpflichtet deshalb den Depositar nur zur Vertretung des dolus:

sed is, etiamsi negligenter rem custoditam amiserit, securus est: quia enim non sua gratia accipit, sed ejus, a quo accipit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit, negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet. l. 1. §. 5. D. 44. 7.

und nur dahin erweiterte man seine Verpflichtung:

magnam tamen negligentiam placuit in doli crimine cadere. eod. l. c.

Dieser Satz wurde zwar angefochten:

quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Froculo displicebat.

Celsus vertheidigt jedoch denselben:

mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret; nec enim salva fide minorem is, quam suis rebus, diligentiam praestabit. l. 32. D. 16. 3.

Der Depositar hatte also in gewissem Sinne diligentia quam suis rebus zu prästiren; nämlich wenn er die fremde Sache mit weniger Sorgfalt bewahrte als die eigenen.

Veranlaßt durch diese Betrachtung, stellte man den allgemeinen Grundsatz auf:

in contractibus fidei bonae servatur, ut, si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestetur. l. 108. §. 12. D. 30.

et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus dolum in deposito, nam quia nulla utilitas ejus versatur, apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus. Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus, et culpa praestatur. l. 5. §. 2. D. 13. 6.

in re, quae utriusque causa contraheretur, culpam deberi. l. 31. D. 19. 2.

Diesen Grundsatz wandte man jedoch nur auf die Verträge an, bezüglich deren noch keine anderweite Bestimmung bestand, namentlich also bei Innominat-Kontrakten; deshalb blieb es dabei, daß der Mandatar nicht bloß für dolus haftete, sondern auch für negligentia, wie im Falle der stipulatio derjenige, welcher eine Handlung übernommen hatte.

Unter den aufgestellten Grundsatz war das Commodat nicht zu subsummiren, weil es meist nur im Interesse des Commodatars eingegangen wurde:

commodatum plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur. l. 5. §. 2. D. 13. 6.

allein man konnte doch den Commodatar nicht für mehr als für culpa verantwortlich machen:

et ideo verior est Quinti Mutii sententia existimantis, et culpam praestandam et diligentiam. eod. l. c.

Einzelne Rechtsgelehrte wollten nun zwar den Commodatar besser stellen, wenn der beiderseitige Vortheil beabsichtigt war:

at si utriusque (gratia commodata sit res), scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeas.

allein diese Ansicht wird verworfen:

sed videndum est, ne et culpa praestanda sit, ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis et dotalibus aestimari solet. l. 18. pr. I, c.

Nach denselben Grundsätzen wird daher auch der Fall beurtheilt:

si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum, et culpam mihi praestandam esse dico propter utilitatem. l. 17. §. 2. D. 19. 5.

si rem inspectori dedi, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur . . . si sui causa dedi, et cu-

stodiam praestabit.. culpam mihi praestabit, si sui causa accepit. l. 10. §. 1. D. 13. 6.

Zu bemerken ist schließlich noch, daß bezüglich der donatio von einer Anwendung der allgemeinen Grundsätze bezüglich der culpa keine Rede sein konnte, weil die donatio nur als ein Akt in Betracht kam, wodurch Eigenthum übertragen wurde, aus einem pactum donationis aber keine obligatio entstand.

Das A. L. R. bestimmt I. 5.:

§. 277. Wer bei Erfüllung eines Vertrages ein grobes Versehen sich zu Schulden kommen läßt, ist in allen Fällen zum Schadensersatz verbunden.

namentlich also im Falle einer Schenkung, und:

§. 280. Wer aus dem Vertrage gar keinen unmittelbaren Nutzen zu hoffen hat, bleibt nur für sein grobes Versehen verantwortlich.

§. 278. Haben beide Theile unmittelbar aus dem Vertrage selbst Vortheile zu erwarten, so sind beide auch aus einem mäßigen Versehen wechselseitig verpflichtet.

Demnächst aber enthält es auch noch den unrichtigen Satz:

§. 279. Hat nur Ein Theil aus dem Vertrage selbst Vortheil zu erwarten, so ist er auch für ein geringes Versehen zu haften schuldig.

Diesen Satz wendet es namentlich an auf den Leihvertrag I. 21.:

§. 248. Ist die Sache während seines Besitzes beschädigt oder gar verloren worden, so muß er dabei für jedes, auch das geringste Versehen, haften.

Dieser Satz ist unrichtig. Daß unter dem geringen Versehen hier nicht das Versehen eines Sachverständigen gemeint ist, ergiebt sich von selbst. Es ist also die schuldlose freiwillige Handlung resp. Unterlassung gemeint. Allein für schuldlose Handlungen resp. Unterlassungen kann man — abgesehen von spezieller Verabredung — auch in Vertragsverhältnissen nicht verantwortlich gemacht werden (vergl. §. 23. I. 3.).

Bezüglich derjenigen Verträge, die nach dem A. L. R. entgeltlich und unentgeltlich geschlossen werden können, nämlich der Vollmachtsauftrag und der Verwahrungsvertrag, wird bestimmt, daß, wenn der Auftrag, die Verwahrung gegen Belohnung, gegen Entgelt übernommen ist, ein mäßiges Versehen zu vertreten ist (§. 56. I. 13. und §. 17. I. 14), also in Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Grundsatz; entgegengesetzten Falls ein geringeres; nämlich principaliter ist der Fleiß, die Aufmerksamkeit zu prästiren, die Jemand

bei seinen eigenen Sachen gleicher Art, §. 11. I. 14.
in eigenen Geschäften derselben Art, §. 55. I. 13.

anzuwenden pflegt.

Kann hiernach der Grad des Versehens nicht bestimmt werden, so haftet der Verwahrer für grobes, der Bevollmächtigte für mäßiges Versehen, also wie im Römischen Recht im Falle des depositi und Mandats, §. 12. 13. 1. 16. und 56. 1. 13. A. L. R.

Das O. G. B. enthält nur den allgemeinen Grundsatz:

§. 1295. Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern, der Schade mag durch Uebertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.

Der Code Napoléon enthält zunächst den allgemeinen Satz:

Les conventions doivent être executées de bonne foi. Art. 1134.

und macht den Schuldner verantwortlich:

toutes les fois, qu'il ne justifie pas, que l'inexécution provient d'une cause étrangère, qui ne peut lui être imputée, encore qu il n'y ait eu aucune mauvaise foi de sa part. Art. 1147.

und bezüglich der einzelnen Verträge für faute.

Nur bezüglich der obligation de veiller à la conservation de la chose sagt er:

soit, que la convention n'ait pour objet, que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, (l'obligation) soumet celui, qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Diese Bestimmung steht zwar unter dem allgemeinen Gesichtspunkt der obligation de donner, daß aber nicht bloß die in der obligation de donner enthaltene obligation de conserver la chose gemeint ist, sondern allgemein die obligation de veiller à la conservation de la chose, ergiebt sich daraus, daß weiter bestimmt wird:

Cette obligation est plus ou moins étendue, relativement à certains contrâts, dont les effèts a cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent. Art. 1137.

denn es ist dabei speziell an die Bestimmungen bezüglich des dépôt, art. 1927. 1928. 1951. sequestre conventionel, art. 1958., und wohl auch an die Bestimmung art. 1992. bezüglich des Mandats gedacht. Die in diesen Artikeln enthaltenen Bestimmungen betreffen nämlich gerade die Verträge, die nach der Auffassung des Code Napoléon zwar in der Regel unentgeltlich geschlossen werden, aber auch entgeltlich geschlossen werden können. Bezüglich ihrer heißt es:

a) beim mandat:

Art. 1992. Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes, qu'il commet dans la gestion. Néanmoins, la responsabilitè relative aux fautes

est appliquée moins rigoureusement à celui, dont le mandat est gratuit, qu'à celui qui reçoit un salair.

b) beim dépôt:

le dépositaire doit apporter dans la garde de la chose déposée les mêmes soins, qu'il apporte dans la garde des choses, qui lui appartiennent. Art. 1927.

La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigeur, si le dépositaire a stipulé un salaire pour la garde du dépôt. Art. 1928.

Diese Bestimmung findet auch Anwendung auf séquestre conventionel. Denn es heißt:

Art. 1957. Le séquestre peut n'être pas gratuit.

Art. 1958. Lorsqu'il est gratuit, il est soumis, aux règles du dépôt proprement dit.

Der Code Napoléon enthält endlich für den Fall:

si l'obligation est de ne pas faire,

den Satz:

celui, qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. Art. 1145.

ausgenommen wenn:

par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le débiteur a fait ce, qui lui était interdit. Art. 1148.

Anmerkung. Man hat die Ansicht aufgestellt:

Auch wenn ein Vertragsverhältniß vorhanden ist, ist jede Handlung, welche außer dem Falle des Vertrages als widerrechtlich zu vertreten ist, ebenso zuzurechnen, als ob der Vertrag nicht vorhanden wäre. Hasse: Culpa §. 36. 37. Koch, I. 250.

Diese Ansicht ist unrichtig.

Zunächst leuchtet ein, daß es Handlungen giebt, die außer dem Falle eines Vertrages widerrechtlich, im Falle des Vertrages aber erlaubt sind, nämlich alle Handlungen, wodurch über fremdes Eigenthum verfügt wird, weil der Vertrag dazu berechtigt oder verpflichtet. z. B. es zerstört Jemand eine Sache, um nach der Bestimmung des Vertrages daraus eine neue Sache zu bilden.

Der angegebene Satz könnte also nur richtig sein, wenn eine Handlung vorliegt, welche sowohl ohne Rücksicht auf den Vertrag als mit Rücksicht auf den Vertrag rechtswidrig ist.

Allein auch bezüglich dieser Art von Handlungen ist jener Satz unrichtig. Derartige Handlungen können nämlich zweifacher Art sein:

1) Die Handlung steht in keiner Beziehung zur Erfüllung der Verpflichtung.

In diesem Falle besteht eben gar keine Beziehung zwischen der

Handlung und der Verpflichtung, und sie wird deshalb ebenso zugerechnet, als ob gar keine vertragsmäßige Verpflichtung bestände.

2) Die Handlung wird vorgenommen in Beziehung auf eine bestehende Verpflichtung, d. h. zum Zwecke der Erfüllung der Verpflichtung.

Eine derartige Handlung ist in keiner Weise anders zu behandeln, wie eine bezüglich einer Verpflichtung vorkommende Unterlassung; d. h. bei der Frage nach dem Grade der zu vertretenden Aufmerksamkeit ist allein entscheidend das Gesetz des Vertrages, ganz gleichgültig, ob eine Handlung oder Unterlassung vorliegt. Nur der sich hieraus ergebende Grad der Aufmerksamkeit ist zu vertreten, nicht aber bei Handlungen, welche, abgesehen von dem Vertrage, widerrechtlich sind, immer dieselbe Aufmerksamkeit, wie bei Handlungen außer dem Falle eines Vertrages.

In diesem Sinne sagt daher Thibaut, System des Pandektenrechts:

> Uebrigens kann die actio legis Aquiliae gegen einen Kontrahenten nur dann angestellt werden, wenn er einen solchen Grad des Versehens beging, wegen dessen er überhaupt nach der Natur des Kontrakts belangt werden darf. §. 964.

Die Stelle:

> Item quamvis legis Aquiliae actio in haeredem non competat, tamen hoc judicio haeres socii praestet, si quid defunctus in re communi admisit, quo nomine legis Aquiliae actio nascitur. l. 10. pr. D. 10. 3.

sagt einfach nur:

> Wenn die Verletzung der res communis von der Beschaffenheit ist, daß der socius gegen den socius mit der actio legis Aquiliae klagen kann, so kann gegen den Erben des socius mit der actio communi dividundo geklagt werden.

Dagegen ist hierbei auf die Frage:

> ob der Umfang der culpa bei actio legis Aquiliae ein anderer ist, als bei actio communi dividundo,

gar nicht reflektirt.

§. 110.

Wer eine Verpflichtung als Sachverständiger übernimmt, haftet für die Versehen, die er als Sachverständiger bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit vermeiden konnte.

Daher sagt das Römische Recht:

imperitiam culpae adnumerandam . . . quippe ut artifex conduxit. l. 9. §. 5. D. 19. 2.

imperitia culpae adnumeratur. l. 132. D. 50. 17.

Das A. L. R. 1. 5.:

§. 281. Wer eine Handlung übernommen hat, welche besondere Sach- oder Kunstkenntnisse voraussetzt, muß bei Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit auch das geringste Versehen vertreten.

namentlich also:

Werkmeister oder Künstler §. 921. 1. 11., resp. Baumeister §. 967.

und speziell:

bei Auswahl und Anschaffung der Materialien §. 956. 1. 11.

Das O. G. B.:

§. 1299. Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, oder wer ohne Noth freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, giebt dadurch zu erkennen, daß er sich den nothwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue. Er muß daher den Mangel derselben vertreten.

Vorausgesetzt ist in allen diesen Fällen, daß es sich nicht um eine unentgeltlich übernommene Verpflichtung handelt, denn ist das der Fall, so haftet auch der Sachverständige nur für ein grobes Versehen.

Ausnahme bei Verwahrung.

§. 111.

Ausnahmsweise haftet der unentgeltlich Verwahrende für ein mäßiges Versehen, wenn er sich aus eigener Bewegung und ohne Aufforderung des Niederlegers zur Uebernahme des Gewahrsams angeboten hat.

Daher sagt das Römische Recht:

si se quis deposito obtulit . . non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet. l. 1. §. 35. D. 16. 3.

Das A. L. R.:

Der Verwahrer muß für ein mäßiges Versehen haften, wenn er sich zur Verwahrung der Sache aus eigener Bewegung, ohne Noth und ohne alle vorhergegangene Aufforderung des Niederlegers angeboten hat. §. 17. 18. 1. 14. A. L. R.

Und der Code Napoléon:

La disposition de l'article précédent doit être appliquée

avec plus de rigueur, si le depositaire s'est offert lui même pour recevoir le dépôt. Art. 1928.

Der Code Napoléon fügt noch hinzu:

si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire. Art. 1928.

Bei Leihe.

§. 112.

Der Leiher haftet nur für grobes Versehen, wenn bei dem Leihen nur der Nutzen des Verleihers beabsichtigt ist.

Daher sagt das Römische Recht:

dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit, si sua duntaxat causa commodavit. l. 5. §. 10. D. 13. 6.

und:

si cui inspiciendum dedi . . . si mei duntaxat causa datum est, dolum solum praestandum, quia prope depositum hoc accedit. l. 17. 2. D. 19. 5.

si mei causa, dolum tantum. l. 12. pr. l. 10. D. 13. 6.

Im A. L. R. heißt es:

Der Leiher haftet nur für mäßiges Versehen.

1) wenn der Verleiher aus dem Geschäft irgend einen Vortheil hat,

2) wenn er selbiges zuerst in Vorschlag gebracht und den Leiher zu dessen Eingehung aufgefordert hat. §. 249. 1. 21.

Die Bestimmung des A. L. R. ad 1. ist daraus zu erklären, daß der Leiher in der Regel für geringes Versehen verantwortlich gemacht wird, man hat daher das Versehen um einen Grad zurückgestellt, wenn der Verleiher auch oder allein einen Vortheil hat.

C. Verpflichtung, eine schuldige Sache vor Schaden zu bewahren.

1. Die versprochene eigene.

§. 113.

Aus der Natur des entgeltlichen Vertrages folgt die Verpflichtung, eine zu Eigenthum übertragene individuell bestimmte Sache vom Augenblick des Vertragsabschlusses bis zur wirklichen Uebergabe vor Schaden zu bewahren.

Im Römischen Recht konnte im Falle einer donatio von einer derartigen Verpflichtung keine Rede sein, weil das pactum donationis keine obligatio erzeugte.

Im Falle einer auf einer stipulatio beruhenden obligatio dandi einer individuell bestimmten Sache haftete der Verpflichtete nur für beschädigende Handlungen, war dagegen nicht verpflichtet, etwas zu thun, um die Sache vor Schaden zu bewahren:

si servum stipulatus fuero, et nulla mora intercedente servus decesserit, si quidem occidat eum promissor, expeditum est. l. 91. pr. D. 45. 1.

si ex legati causa, aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares; quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum. l. 23. D. l. c.

sin autem negligat infirmum, an teneri debeat promissor? considerantibus, utrum quemadmodum in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenet possessor, ita et cum dari promisit: an culpa, quod ad stipulationem attinet, in faciendo accipienda sit, non in non faciendo? quod magis probandum est, quia qui dari promisit, ad dandum, non faciendum tenetur. l 91. pr. D, 45. 1.

non tenetur, quia nihil fecit — quia sine facto ipsius desiit ejus esse. l. 91. §. 1. D. l. c.

Der Verkäufer dagegen war zur custodia verpflichtet:

custodia desideranda est a venditore. l. 35. §. 4. D. 18. 1. l. 2. §. 1. D. 18. 6.

custodiam venditor praestare debet. l. 3. 4. 11. D. D. 18. 6. l. 14. pr. §. 1. D. 47. 2.

Nach dem A. L. R. entsteht aus einem gültigen Schenkungsversprechen eine Verpflichtung zur Erfüllung. Es war also nöthig, auszusprechen, ob und wieweit der Schenkende verpflichtet ist, die Sache vor Schaden zu bewahren. Dies ist nicht geschehen. Es fehlt vielmehr eine ausdrückliche Bestimmung.

Es ist anzunehmen:

der Schenkende ist nicht verpflichtet, etwas zu thun, um die Sache vor Schaden zu bewahren.

Aus dem Grundsatze, daß der Schenkende für grobes Versehen haftet, ist keine Entscheidung zu entnehmen, denn diese Bestimmung bezieht sich nur auf den Grad der Aufmerksamkeit. Darum handelt es sich aber hier nicht, sondern um die Frage; ob er verpflichtet ist, etwas zu thun, um die Sache vor Schaden zu bewahren.

Bezüglich der entgeltlichen Verträge enthält das A. L. R. auch keine direkte Bestimmung.

Es war auch nicht nöthig, hierüber etwas Spezielles zu bestimmen, weil im A. L. R. der Grundsatz gilt:

so lange der Verkäufer dem Käufer die Sache noch nicht übergeben hat, bleibt bei allen freiwilligen Verkäufen, wenn sie nicht in Pausch und Bogen geschlossen werden, Gefahr und Schaden dem Verkäufer zur Last. §. 95. 1. 11.

Für den Fall:

wenn eine Sache in Pausch und Bogen oder wie sie steht und liegt verkauft ist, §. 117.

wird dagegen verordnet:

Bleibt in einem solchen Falle der Verkäufer nach unterzeichnetem Kontrakte bis zur Uebergabe im Besitz der Sache, so hat er in Ansehung der Gefahren die Pflichten eines Verwalters fremder Sachen. §. 118.

d. h. er ist verpflichtet:

auf die Erhaltung und Abwendung alles drohenden Schadens Bedacht zu nehmen. §. 110. 1. 14.

Das O. G. B. enthält ebenfalls bezüglich der Schenkung keine Bestimmung.

Bezüglich des Kaufes sagt es dagegen:

§. 1061. Der Verkäufer ist schuldig, die Sache bis zur Zeit der Uebergabe sorgfältig zu verwahren.

auch bestimmt es;

Verschlimmerungen gehen bis zur Zeit der bedungenen Uebergabe oder bis zum Zeitpunkt der Uebergabe auf Rechnung des Veräußernden. §. 1048. 1049. 1051. 1064.

Nach dem Code Napoléon ist die Donation nur ein Akt, wodurch Eigenthum übertragen wird, dagegen kein Vertrag, aus welchem Obligationen entstehen.

Die Bestimmung:

Art. 1136. L'obligation de donner emporte celle de conserver la chose jusqu'à la livraison.

ist daher auch nicht auf den Fall der Donation, sondern auf den Fall der entgeltlichen Veräußerung zu beziehen.

2. Die anvertraute fremde.

§. 114.

Wer eine fremde Sache auf Grund eines Vertrages besitzt, ist verpflichtet, sie vor Schaden zu bewahren.

Es wird daher im Römischen Recht zur custodia verpflichtet: der Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger l. 1. §. 4. §. 5. §. 6.

D. 44. 7.; der Mandatar l. 1. §. 12. D. 16. 3.; fullo, qui curanda, polienda vestimenta accepit. l. 12. pr. D. 47. 2.; der Conductor l. 29. 40. 41. D. 19. 2.

Im A. L. R. wird die Verpflichtung, die Sache vor Schaden zu bewahren, erwähnt:

bei Verwahrung §. 11. 1. 14.; bei Verwaltung §. 109, 110. 1. 14.; bei Verpfändung §. 121. 1. 20.; bei Leihe §. 241. 1. 21.; bei Miethe und Pacht §. 278. 433. ff. 1. 21.

Im O. G. B.:

bei Verwahrung §. 958.; bei Leihe 979.; bei Pfand §. 1369.; bei Bestandvertrag §. 1111.

Im Code Napoléon:

bei louage des choses Art. 1728. seq.; bei prête à usage Art. 1880.; bei dépôt Art. 1915. 1927.; bei gage Art. 2079.

Bezüglich des Grades der anzuwendenden Aufmerksamkeit kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung.

Der Code Napoléon erörtert die Grundsätze über den Grad der Aufmerksamkeit gerade bei Gelegenheit der obligation de veiller à la conservation de la chose.

Zweite Unter-Abtheilung.

Auslegungsregeln.

I. Allgemeine Regeln.

Die Anwendung der Auslegungsregeln setzt voraus, daß die Kontrahenten bezüglich aller wesentlichen Punkte einig geworden sind und also ein Vertrag wirklich zu Stande gekommen ist.

Ist dies der Fall, und es ist nur bezüglich eines einzelnen streitigen Punktes eine Entscheidung zu treffen, so kommt es darauf an:

1) ob der wirkliche Willen der Kontrahenten sich ermitteln läßt. Ist dies der Fall, so findet eigentlich keine Auslegung statt, sondern eben nur eine Ermittelung des Willens;
2) ob eine wirkliche Auslegung statt haben muß, wenn der eigentliche Willen nicht zu ermitteln ist.

Dabei ist von folgenden Voraussetzungen auszugehen:

a) Es ist anzunehmen, daß die Worte in ihrem gewöhnlichen Sinne verstanden worden sind.
b) Es ist anzunehmen, daß die Worte in der dem Geschäft am meisten entsprechenden Bedeutung verstanden worden sind.
c) Es ist anzunehmen, daß die Worte nicht bedeutungslos, d. h. so, daß sie keine rechtliche Wirkung haben würden, gebraucht worden sind.

Ist der Sinn aus den Worten nicht zu entnehmen, so ist im Allgemeinen und namentlich bei unentgeltlichen Verträgen zu Gunsten des Verpflichteten zu interpretiren; im Falle entgeltlicher Verträge aber zum Nachtheil dessen, der sich undeutlich ausgedrückt hat.

§. 115.

Bei Auslegung einer streitigen Bestimmung des Vertrages ist vor Allem maaßgebend der erwiesene übereinstimmende Willen der Kontrahenten beim Abschluß des Vertrages, selbst gegen den unmittelbaren Sinn der Worte.

Das Römische Recht stellt daher den Grundsatz auf:

Semper in stipulationibus, et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est. l. 34. D. 50. 17.

1) Selbst bei Stipulationen fand dieser Satz Anwendung. Einerseits machte eine unrichtige Bezeichnung die Stipulation nicht ungültig, sofern nur in der Sache selbst Willensübereinstimmung vorhanden war:

si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere. l. 32. D. 45. 1.

qui quinque in arca habebat, ita stipulanti promisit: decem, quae in arca habeo; stipulatio valebit, ita tamen, ut sola quinque ex stipulatione debeantur. l. 108. §. 10. D. 30.

ex illo dolio amphoras decem, etsi non decem, sed pauciores inveniri possint. l. 8. §. 2. D. 31.

Andererseits konnte eine im Ausdruck mangelhafte Stipulation ergänzt werden. Die Frage, was die Kontrahenten gemeint hätten, war facti quaestio nicht juris, l. 41. l. 94. D. 45. 1.; wenn daher die Kontrahenten übersehen hatten, in einem Punkte ihren Willen auszusprechen, so galt der Grundsatz:

quid senserit, quid cogitaverit, quod inter eos actum sit, id habetur pro expresso. l. c.

2) Bezüglich der bonaefidei-Kontrakte wird entschiedener gesagt:

potius id, quod actum, quam id, quod dictum sit, sequendum est. l. 6. §. 1. D. 18. 1.

voluntatem potius, quam verba spectari placuit. l. 219. D. 50. 16.

non utrumque dicimus, sed id duntaxat, quod volumus. l. 3. D. 34. 5.

Das A. L. R. enthält bezüglich der Willenserklärungen den Grundsatz §. 70. 1. 4.:

Ist in der Erklärung die Absicht deutlich ausgedrückt, so sind zweifelhafte Stellen dieser Absicht gemäß auszulegen.

§. 71. Hat der Erklärende seinen Willen bei anderer Gelegenheit deutlich geäußert, so muß das Dunkle einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeußerung gemäß verstanden werden.

Dieser Grundsatz soll auch bei Verträgen Anwendung finden, §. 252. 1. 5. Er muß dann also lauten:

Soweit die Kontrahenten sich über ihre eigentliche Absicht erklärt haben, ist die streitige Bestimmung dieser Absicht gemäß zu verstehen.

Das O. G. B. verweist im Allgemeinen auf die klare Absicht, §. 6. 914.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1156. On doit, dans les conventions, rechercher qu'elle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

und in Folge dessen:

Art. 1163. Quelque généraux que soient les termes, dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses, sur lesquelles il paraît, que les parties se sont proposé de contracter.

Dieser Grundsatz gilt auch bei Auslegung schriftlich abgefaßter Verträge. Daher heißt es im Römischen Recht:

id ex ea scriptura praestandum, quod sensisse intelligantur. l. 48. D. 19. 1.

Im A. L. R. 1. 5.:

§. 130. Was im Kontrakte unleserlich geschrieben oder undeutlich ausgedrückt worden, und nicht aus dem Zusammenhange klar erhellet, muß auf andere zuverlässige Art ausgemittelt werden.

§. 116.

Welches der übereinstimmende Willen der Kontrahenten beim wirklichen Abschluß des Vertrages ist, das ist namentlich aus den dem Vertrage vorangehenden Verhandlungen zu entnehmen.

Daher sagt das Römische Recht bezüglich der Stipulationen:

plerumque ea, quae praefationibus convenisse concipiuntur, etiam in stipulationibus repetita creduntur. l. 134. §. 1. D. 45. 1.

Das A. L. R. verweist im Allgemeinen auf die Willenserklärung bei anderer Gelegenheit §. 71. I. 4., und bestimmt demnächst I. 5.:

§: 263. Undeutliche Stellen eines ausgefertigten Kontraktes müssen nach dem deutlichen Inhalt der vorhergegangenen Punktation erklärt werden.

Eine selbstverständliche Ausnahme ist I. 4.:

§. 72. Ausgenommen ist der Fall, wo die Absicht, eine frühere Willenserklärung durch eine spätere zu ändern, deutlich erhellet.

Namentlich also I. 5.:

§. 264. Ist aber eine in der Punktation enthaltene Verabredung in dem hiernächst ausgefertigten förmlichen Kontrakte deutlich geändert, so gilt nur das, was im Kontrakte enthalten ist.

Als Auslegungsregel dagegen gilt der Satz:

§. 265. Sind Verabredungen, die in der Punktation enthalten waren, in dem förmlichen Kontrakt ganz übergangen worden, so werden sie für aufgehoben geachtet.

§. 117.

Soweit sich der eigentliche Willen der Kontrahenten nicht ermitteln läßt, entscheidet der übliche Sinn der gebrauchten Worte.

Daher heißt es im Römischen Recht:

non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. l. 7. §. 2. D. 33. 10.

propria verborum significatio. l. 18. §. 3. D. 33. 7.

verborum interpretatio. l. 3. C. 6. 28:

Im A. L. R. I. 4.:

§. 65. Der Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung muß nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden.

§. 69. Sind nach der Beschaffenheit des Gegenstandes besondere Ausdrücke oder Redensarten in Gebrauch, so muß der Sinn der Willensäußerung diesem Gebrauch gemäß erklärt werden.

Das O. G. B. verweist auf den Grundsatz, wonach der Sinn angenommen werden muß:

welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange hervorleuchtet. §. 6. 914.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1161. Toutes les clauses des conventions s'interprêtent les unes par les autres, en donnent à chacune le sens, qui résulte de l'acte entier.

§. 118.

Eine zweideutige Bestimmung ist auf die dem vorliegenden Geschäft am meisten entsprechende Weise zu deuten.

Daher sagt das Römische Recht:

quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est. l. 67. D. 50. 17.

und der Code Napoléon:

Art. 1158. Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens, qui convient le plus à la matière du contrât.

§. 119.

Eine zweideutige Bestimmung des Vertrages ist so zu deuten, daß sie eine rechtliche Wirkung hat.

Daher sagt das Römische Recht:

quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. l. 80. D. 45. 1.

Das A. L. R. 1. 4.:

§. 74. Doch ist jede Willenserklärung im zweifelhaften Falle so zu deuten, daß sie nicht ohne alle rechtliche Wirkung bleibt.

Das O. G. B.:

§. 914. Insbesondere soll ein zweifelhafter Vertrag so erklärt werden, daß er keinen Widerspruch enthält und von Wirkung sei.

Der Code Napoléon:

Art. 1157. Lorsqu'une chose est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui, avec leqnel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun.

§. 120.

Einseitig verpflichtende Verträge sind zu Gunsten des Verpflichteten, gegenseitig verpflichtende zum Nachtheil dessen, der sich eines zweideutigen Ausdrucks bedient, auszulegen.

Im Allgemeinen sagt zwar das Römische Recht:

in ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset. l. 96. D. 50. 17.

allein auf Verpflichtungen aus Verträgen konnte dieser Grundsatz nicht unbedingt Anwendung finden. Denn es wird speziell gesagt:

1) bei Stipulationen:

in stipulationibus, cum quaeratur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretanda sunt. l. 38. §. 18. D. 45. 1.

ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere. l. 99. pr. D. 45 1.

namentlich:

in stipulationibus id servatur, ut, quod minus esset, quodque longius, esse videretur in obligationem deductum. l. 109. D. l. c.

2) bezüglich der bonaefidei-Kontrakte ging man dagegen von dem Grundsatz aus, es müsse zum Nachtheil des Verkäufers und Verpächters interpretirt werden:

Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere debere potius venditori, qui id dixerit, quam emptori. l. 21. D. 18. 1.

ambiguum pactum contra venditorem interpretandum. l. 172. pr. D. 50. 17.

veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori, et qui locavit, nocere. l. 39. D. 2. 14.

Als Grund wird angegeben:

quia potuit re integra apertius dicere. l. 21. D. 18. 1.

in quorum fuit potestate legem apertius conscribere. l. 39. D. 2. 14.

Das A. L. R. bestimmt 1. 5.:

1) bezüglich der einseitig verpflichtenden Verträge:

§. 269. Bloß wohlthätige Verträge sind im zweifelhaften Falle allemal zur Erleichterung des Verpflichteten auszudeuten.

2) bezüglich der gegenseitig verpflichtenden Verträge enthält es dagegen nur den Satz:

§. 260. Wenn die Absicht, freigebig zu sein, nicht klar ist, so wird vorausgesetzt, daß keiner mehr habe geben wollen, als ihm von dem andern Theile vergütet worden.

und nur beim Mieth- und Pachtvertrage wird speziell gesagt 1. 21.:

§ 405. Ist ein solcher Kontrakt nicht auf die §. 403. vorgeschriebene Art errichtet worden, so sind die dunklen und mangelhaften Bestimmungen des Vertrages allemal eher zum Nachtheil des Verpächters als des Pächters auszulegen.

Außerdem verordnet es 1. 5.:

§. 266. Kann ein Vertrag nach vorstehenden Regeln nicht erklärt werden, so ist derselbe gegen den auszulegen, der in seiner Willensäußerung zweideutiger, eines verschiedenen Sinnes fähiger Ausdrücke sich bedient hat.

Nach §. 269. gilt dieser Satz von gegenseitig verpflichtenden Verträgen.

Das O. G. B. verordnet:

§. 915. Bei einseitig verbindlichen Verträgen wird im Zweifel angenommen, daß sich der Verpflichtete eher die geringere als die schwerere Last auflegen wollte;

bei zweiseitig verbindlichen wird eine undeutliche Aeußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.

Der Code Napoléon enthält den allgemeinen Satz:

Art. 1162. Dans le doute la convention s'interprete contre celui, qui a stipulé, et en faveur de celui, qui a contracté l'obligation.

und beim Kauf:

Art. 1602. Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige;

toute pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur.

§. 121.

Soweit durch Anwendung der vorstehenden Regeln die Sache nicht zu entscheiden ist, ist zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen.

Das Römische Recht enthält von diesem Gesichtspunkt aus neben der zum Nachtheil des venditor und locator geltenden Regeln den allgemeinen Grundsatz:

semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. l. 56. D. 50. 17.

In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est quam tutius. l. 192. §. 1. l. c.

semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. l. 9. l. c.

ad id, quod minimum est, redigenda summa est. l. 34. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 5.:

§. 268. Wenn alle übrigen Auslegungsregeln nicht zutreffen, so muß die zweifelhafte Stelle so erklärt werden, wie es dem Verpflichteten am wenigsten lästig ist.

namentlich also:

§. 267. Besonders ist die Auslegung gegen den zu machen

welcher ungewöhnliche Vortheile begehrt, die in Veerträgen dieser Art nicht eingeräumt zu werden pflegen.

und:

§. 253. In zweifelhaften Fällen ist mehr auf das zu sehen, was der Verpflichtete versprochen, als was der Berechtigte angenommen.

Das O. G. B. und der Code Napoléon enthalten die schon erwähnten Sätze.

II. Bezüglich der alternativen Verpflichtung

§. 122.

Bei einer alternativen Verpflichtung hat, soweit der Vertrag nicht etwas Anderes bestimmt, der Verpflichtete das Recht der Wahl.

Das Römische Recht sagt daher:

a) bezüglich der Stipulationen:

nam et cum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram praestet. l. 10. §. 6. D. 23. 3.

et ideo eum, qui Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat. l. 2. §. 3. D. 13. 4.

b) bezüglich des Kaufs:

si emptio ita facta fuerit: est mihi emptus Stichus, aut Pamphilus, in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus. l. 34. §. 6. D. 18. 1.

si ita distrahatur, illa aut illa res, utram eliget venditor, haec erit empta. l. 25. l. c.

Das A. L. R. bestimmt zwar im Allgemeinen 1. 5.:

§. 274. Ist nur eine aus mehreren bestimmten Sachen versprochen worden, so hat in der Regel der Verpflichtete die Wahl, welche er geben wolle.

Es macht jedoch eine Ausnahme beim Kauf und also auch beim Tausch 1. 11.:

§. 38. Ist aus dem Vertrage nicht zu ersehen, ob der Käufer oder Verkäufer die Wahl haben solle, so kommt dieselbe dem Käufer zu.

Das O. G. B. verordnet:

§. 906. Kann das Versprechen auf mehrere Arten erfüllt werden, so hat der Verpflichtete die Wahl.

Und der Code Napoléon:

Art. 1190. Le choix appartient au débiteur, s'il n'a pas été expressément accordé au créancier.

III. Bezüglich des Orts der Erfüllung.

§. 123.

Wenn der Ort der Erfüllung weder aus dem Vertrage noch aus den Umständen zu entnehmen ist, so gilt als Ort der Erfüllung

1) einer unentgeltlichen Verpflichtung der Wohnort des Verpflichteten zur Zeit der Klage,
2) einer entgeltlichen Verpflichtung der Wohnort des Verpflichteten zur Zeit des Vertragsabschlusses, und sofern die Erfüllung Zug um Zug erfolgen muß, der Ort des geschlossenen Vertrages oder, wenn nur der eine Kontrahent Geld zu zahlen hat, der Wohnort des andern Kontrahenten zur Zeit des Vertragsabschlusses.

Diese Bestimmungen folgen daraus, daß jede unentgeltliche Verpflichtung zu Gunsten des Verpflichteten auszulegen ist, bezüglich entgeltlicher Verträge aber von keinem Kontrahenten angenommen werden kann, er habe eine Verpflichtung übernommen, an einem andern Ort als seinem Wohnort zu erfüllen.

Wenn jedoch die gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug, also an demselben Ort, erfolgen müssen, ist ein anderes Auskunftsmittel erforderlich.

Dies liegt darin, daß keiner der Wohnorte entscheidet, sondern der Ort des geschlossenen Vertrages. Liegt jedoch der Fall so, daß nur der eine Kontrahent Geld zu geben hat, so entscheidet der Wohnort des andern Kontrahenten. Keiner der Kontrahenten hat ein wesentliches Interesse am Orte des Vertragsabschlusses zu erfüllen. Ließe es sich ermöglichen, so würde jeder Kontrahent die Erfüllung am Wohnorte des andern Kontrahenten fordern. Für denjenigen, welcher Geld zu zahlen hat, ist die Beschwerung aber in der Regel geringer, das Geld mitzunehmen, um die Gegenleistung in Empfang zu nehmen, als für den andern Kontrahenten, das zu Leistende mitzubringen, um es gegen Empfang des Geldes am Wohnorte des Andern zu leisten. Es ist daher auch in der Regel anzunehmen, daß die Kontrahenten den Wohnort dessen, der kein Geld zu zahlen hat, als den Ort der Erfüllung vorausgesetzt haben.

Das Römische Recht enthält eine bezügliche Bestimmung beim Kauf:

quod a Brundusio vinum venit, etsi venditio alibi facta sit, Brundusii tradi oportet. l. 3. §. 4. D. 19. 1.

Das A. L. R. verordnet 1. 5.:

§. 249. Bei bloß wohlthätigen Verträgen kann der Berechtigte die Erfüllung nur da, wo der Verpflichtete sich aufhält, fordern.

Die anderweiten Bestimmungen betreffen die entgeltlichen Verträge. Sie sind jedoch nicht ausreichend und zum Theil nicht zutreffend.

Es unterscheidet das A. L. R.:

1) Es soll nach dem Vertrage etwas gegeben werden:

Die Ablieferung muß an dem Orte erfolgen, wo der Berechtigte zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat. §. 248. I. 5.

Diese Bestimmung ist richtig, wenn der Verpflichtete zur Ablieferung verpflichtet ist. Sie ist unanwendbar für den Fall, wenn dem Verpflichteten diese Verpflichtung nicht obliegt. Sie ist also auch für den Fall des Kaufs nur in dem angegebenen Sinne anwendbar. cf. §. 94. I. 11.

Es fehlt also eine Bestimmung für den Fall, wenn der Verpflichtete zur Ablieferung nicht verpflichtet ist. Die generelle Bestimmung: §. 27. I. 16.

Es müsse da, wo der Verpflichtete sich aufhält, geleistet und angenommen werden,

entspricht der präsumtiven Einigung beim Abschluß des entgeltlichen Vertrages nicht. Es ist auch bei dieser Bestimmung nicht an Verträge gedacht.

Endlich fehlt eine Bestimmung für den Fall, wenn beide Kontrahenten, wie beim Tausch, gleich berechtigt sind und Zug um Zug erfüllt werden muß.

2) Es ist von einer zu leistenden Handlung die Rede:

es wird der Ort, wo der Verpflichtete zur Zeit des geschlossenen Vertrages gewohnt hat, für den Ort der Erfüllung angesehen. §. 250. I. 5.

Diese Bestimmung ist richtig, aber es ist unangemessen, daß sie auf den Fall beschränkt ist, wenn die Leistung einer Handlung versprochen ist.

An welchem Orte die Gegenleistung zu erfüllen ist, entscheidet dieser Paragraph nicht.

Das O. G. B. sagt:

bewegliche Sachen werden an dem Ort, wo das Versprechen gemacht worden ist, übergeben. §. 905.

Für den Fall des Tausches ist diese Bestimmung angemessen, für den Fall des Kaufs dagegen nicht, ebenso nicht für die Fälle, wo nicht Zug um Zug zu übergeben ist.

Der Code Napoléon enthält zwar den allgemeinen Satz:

le paiement doit être fait au domicile du débiteur. Art. 1247.

macht jedoch die Ausnahme:

Si le lieu n'y est pas désigné, le paiement, lorsque il s'agit d'un corps certain et déterminé, doit être fait dans le lieu où était, au temps de l'obligation, la chose qui en fait l'objet.

und im Falle des Kaufs:

Art. 1609. La délivrance doit se faire au lieu où était, au temps de la vente, la chose, qui en a fait l'objet.

Richtig ist diese Bestimmung insofern, als es beim Kauf weder auf den Wohnort des Käufers noch auf den Ort des geschlossenen Vertrages ankommt. Wenn aber unbedingt der Ort entscheiden soll, an welchem sich die Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses befand, so ist dies eine unrichtige Bestimmung. Nur der Ort kann entscheiden, an welchem sich die Sache nach der Voraussetzung der Kontrahenten befindet. Dieser Ort aber ist, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, der Wohnort des Verkäufers. Nur in dem besonderen Falle, wenn sich die individuell bestimmte Sache an einem bestimmten andern Orte nach der Voraussetzung der Kontrahenten befindet, und zwar um dort bis zur Uebergabe zu bleiben, läßt sich die Bestimmung des Code Napoléon rechtfertigen, daß nicht der Wohnort des Verkäufers, sondern der Ort der Sache entscheidet und zwar nicht der Ort des zufälligen Befindens der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses, sondern der beim Abschluß des Vertrages vorausgesetzte Ort des Befindens der Sache zur Zeit der bestimmten Uebergabe. Schließlich ist zu bemerken, daß, wenn es sich um Rückgabe einer empfangenen Sache, namentlich auch um Rückzahlung handelt, nicht von Erfüllung die Rede ist. Die bezüglichen Bestimmungen gehören also nicht hieher.

IV. Bezüglich der Zeit der Erfüllung.

§ 124.

Wenn die Zeit der Erfüllung weder aus dem Vertrage noch aus den Umständen zu entnehmen ist, so hängt

1) bei einer unentgeltlichen Verpflichtung die Zeit der Erfüllung von der Willkür des Verpflichteten ab.

2) Eine entgeltliche Verpflichtung ist sofort nach

dem Abschluß des Vertrages zu erfüllen; Zeit erfordernde Handlungen müssen sofort begonnen werden.

Es folgen diese Sätze aus dem Grundsatz, daß die Auslegung eines unentgeltlichen Vertrages zu Gunsten des Verpflichteten erfolgen muß, und daß, wer aus einem entgeltlichen Vertrage besondere Begünstigung beansprucht, also spätere Erfüllung, sich dies ausbedingen muß.

Im Falle einer unentgeltlichen Verpflichtung, deren Erfüllungszeit von der Willkür des Schuldners abhängt, kann von einem Verzuge gar nicht die Rede sein, sondern nur von einer eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung. Tritt diese ein, so kommen die Grundsätze von Unmöglichkeit der Erfüllung zur Anwendung.

Nach Römischem Recht galt bei Stipulationen der Grundsatz:

quotiens in obligationibus dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur: nisi si locus adjectus spatium temporis inducat, quo illo possit perveniri. l. 41. §. 1. D. 45. 1.

quo primum in locum perveniri potuit. l. 60. 73. l. c.

In letzterem Falle galt als Norm:

quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit, quod facturum se promiserit,

also:

tempore, quo plerique ejusdem conditionis homines solent pervenire. l. 137. §. 2. l. c.

Im Falle der obligatio faciendi mußte ebenfalls nach Möglichkeit sofort begonnen werden:

modus adhibendus est secundum rationem diligentis aedificatoris, et temporum locorumque; item si non inchoetur opus, id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit. l. 137. §. 3. l. 98. §. 1. 84. 73. pr. l. c.

Es galt überhaupt der allgemeine Grundsatz:

tunc incipit actio, cum ea per rerum naturam praestari potest. l. 73. l. c.

Nach denselben Grundsätzen werden die aus den Kontrakten entspringenden Obligationen beurtheilt.

Das A. L. R. verordnet I. 5.:

§. 233. Bei einem bloßen wohlthätigen Vertrage hängt die unbestimmt gebliebene Zeit der Erfüllung von dem Verpflichteten ab.

Der Zusatz:

soweit nur durch den Verzug das dem Andern eingeräumte Recht nicht wieder vereitelt wird,

will sagen:

Wenn durch den Aufschub der Erfüllung die Erfüllung unmöglich wird, so tritt Verantwortlichkeit nach allgemeinen Grundsätzen ein. Ein Klagerecht auf Erfüllung hat der Berechtigte niemals.

Bezüglich entgeltlicher Verträge enthält das A. L. R. die Bestimmung:

a) beim Kauf I. 11.:

§. 92. Ist keine Zeit zur Uebergabe bestimmt, so kann der Käufer dieselbe, gegen Erfüllung der seinerseits übernommenen Verbindlichkeiten, sofort verlangen.

Dieser Grundsatz gilt auch beim Tausch. §. 364.

b) beim Vertrage über ein Werk:

§. 934. Ist keine Zeit bestimmt, so muß der Werkmeister die Arbeit sofort anfangen.

Bezüglich der übrigen Verträge enthält es den Satz I. 5.:

§. 235. Ist durch unbestimmte Ausdrücke eine nahe Zeit der Erfüllung angedeutet worden, so kann letztere zu jeder Zeit gefordert werden.

Das O. G. B. verordnet:

§. 904. Ist keine gewisse Zeit für die Erfüllung des Vertrages bestimmt worden, so kann sie sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub, gefordert werden.

§. 125.

Wenn der Vertrag den Tag der Erfüllung festsetzt, so ist im Falle eines unentgeltlichen Vertrages im Zweifel anzunehmen, es habe nur der Termin festgestellt werden sollen, bis zu welchem die Erfüllung erfolgen muß.

Das Römische Recht bestimmt für den Fall der stipulatio dandi:

quod certa die promissum est, vel statim dari potest; totum enim medium tempus ad solvendum promissori liberum relinqui intelligitur. l. 70. D. 46. 3. l. 38. §. 16. D. 45. 1.

Dies adjectus efficit, ne praesenti die debeatur. Ex quo apparet, diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore. l. 41. §. 1. D. 45. 1. l. 98. §. 4. D. 46. 3.

Dieser Grundsatz galt nicht bezüglich jeder obligatio, sondern bezüglich der obligatio aus einer stipulatio dandi:

sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur. l. 17. D. 50. 17.

Er enthielt also eine Auslegungsregel für Stipulationen. Natürlich konnte durch ausdrückliche Verabredung auch das Gegentheil bestimmt werden.

Das A. L. R. enthält nur den Satz 1. 5.:

§. 241. Vor Ablauf des im Vertrage bestimmten Zeitraums kann, wider den Willen eines oder des andern Theils, die Erfüllung weder gefordert, noch geleistet werden.

An unentgeltliche Verträge hat man bei Abfassung jener Bestimmung wohl nicht ausdrücklich gedacht, sondern vornämlich an Verpflichtungen aus entgeltlichen Verträgen.

Das O. G. B. enthält auch nur die allgemeine Bestimmung:

daß auch was die Zeit anbelangt, der Gläubiger gegen seinen Willen nicht gezwungen werden kann, etwas Anderes anzunehmen, als er zu fordern hat. §. 1413.

Der Code Napoléon dagegen sagt:

Art. 1187. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne resulté de la stipulation ou des circonstances, qu'il a été aussi convenu en faveur du créancier.

Dritte Unter-Abtheilung.

Pflicht zu erfüllen.

Aus jedem rechtsgültigen Vertrage folgt unmittelbar die Pflicht, die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen dem Vertrage gemäß zu erfüllen.

Diese Pflicht zu erfüllen kann durch besondere Bestimmungen der Kontrahenten modifizirt werden.

Einerseits können die Parteien verabreden:

1) daß aus dem Vertrage nicht die Pflicht folgen soll, ihn zu erfüllen (Scheinvertrag),
2) oder daß es von einer Bedingung abhängen soll, ob die Pflicht zu erfüllen eintreten soll oder nicht (Bedingter Vertrag).

Andererseits können die Kontrahenten durch besondere Maaßregeln die Erfüllung sichern (Sicherung der Erfüllung).

I. Scheinvertrag.

§. 126.

Wenn die Kontrahenten beim Abschluß des Vertrages darüber einig sind, daß der Vertrag keine

rechtliche Wirkung haben soll, so ist der Vertrag, als Scheinvertrag, nichtig.

Daher sagt das Römische Recht:

1) bezüglich der Stipulation:

Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; nec enim si per jocum, puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero, spondes? et tu responderis: spondeo, nascetur obligatio. l. 3. §. 2. D. 44. 7.

2) bezüglich der bonae-fidei-Kontrakte:

nuda et imaginaria venditio pro non facta est l. 55. D. 18. 1.

contractus imaginarii etiam in emptionibus juris vinculum non obtinent, cum fides facti simulatur. l. 54. D. 44. 7.

quae simulate geruntur, pro infectis habitis. l. 21. C. 2. 4.

Das A. L. R. fordert zur Gültigkeit der Willenserklärung, daß sie ernstlich sei §. 4. 1. 4. und

§. 52. Eine Willenserklärung, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entstehen sollen, muß ernstlich sein.

Ebenso sagt das O. G. B.:

Die Einwilligung in einen Vertrag muß ernstlich . . . erklärt werden. §. 869.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1131. L'obligation sur une fausse cause . . . ne peut avoir aucun effet.

§. 127.

Wenn die Kontrahenten beim Abschluß des Vertrages darüber einig sind, daß aus dem Vertrage andere Verpflichtungen entspringen sollen, als der Vertrag angiebt, so ist der Vertrag bezüglich der nur scheinbar übernommenen Verpflichtungen nichtig; bezüglich der gemeinten Verpflichtungen aber insofern gültig, als der Vertrag darüber eine gültige Verabredung enthält.

Das Römische Recht erwähnt den Fall, wenn die Formel der Stipulation nur zum Schein angewendet wird, und die wirkliche Absicht auf den Abschluß eines pacti gerichtet ist:

quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: rogavit Titius, spopondit Maevius, haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis. ideoque ex stipulatu nascitur actio, nisi contrarium specialiter approbetur, quod non animo stipulantium hoc factum est, sed tantum paciscentium. l. 7. §. 12. D. 2. 14.

ferner, wenn unter einem entgeltlichen Vertrage eine donatio verborgen wird:

cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. l. 36. D. 18. 1.

Dagegen hat das pactum donationis rechtliche Wirkung:

si donationis gratia praedii factam venditionem traditio sequatur, actione pretii nulla competente, perficitur donatio. l. 9. C. 4. 38.

si donationis causa venditionis simulatus contractus est, emptio (in) sui deficit substantia. Sane si in possessionem rei, sub specie venditionis, causa donationis, ut te aleret, induxisti, sicut perfecta donatio facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit. l. 3. l c.

donationis causa facta venditione, non pro emptore, sed pro donato res tradita usucapitur. l. 6. D. 41. 6.

und wenn es heißt:

si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit. l. 46. D. 19. 2.

conductio nulla est, quae est in uno nummo. l. 10. §. 2. D. 41. 2.

so ist damit nur gemeint, der Vertrag ist als conductio nichtig. Wieweit er im Uebrigen gültig ist, ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen. Der allgemeine Grundsatz aber ist:

plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur. C. 4. 22.

und:

acta simulata veritatis substantiam mutare non possunt. l. 2. C. l. c.

in contractibus rei veritas potius, quam scriptura perspici debet. l. 1. C. l. c.

emptione, pignoris causa facta, non quod scriptum, sed quod gestum est, inspicitur. l. 3. l. c.

Das A. L. R. erwähnt nur einzelne Fälle. Es sagt I. 11.:

§. 70. Geschäfte, bei welchen ein Kaufpreis nur zum Schein festgesetzt worden ist, können nach den Regeln des Kaufs nicht beurtheilt werden.

§. 71. Ob das wahre unter einem solchen Scheinkauf ver-

borgene Geschäft gültig sei oder nicht, ist nach den eigenthümlichen Regeln dieses Geschäfts zu beurtheilen.

ferner:

§. 716. Sind auf einen Schuldschein oder Wechsel Waaren gegeben und die Valuta baar verschrieben worden, so ist der Schuldner daraus, als aus einem Darlehnsgeschäft, nicht verhaftet.

§. 717. Vielmehr ist der ganze Kontrakt nichtig (nämlich als ein verbotenes Geschäft).

und:

§. 866. Jede rückständige Zahlung muß nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurtheilt werden.

§. 867. Es ändert also die Natur des ursprünglichen Geschäfts, aus welchem die Zahlungsverbindlichkeit entstanden ist, noch nicht, wenngleich über die schuldige Summe ein Schuldschein, als über ein Darlehn, ausgestellt worden.

§. 321. Ist unter dem vorbehaltenen Wiederkauf ein wucherliches Geschäft verborgen, so ist der Kauf ungültig und die Handlung als ein Pfandvertrag zu beurtheilen.

Das O. G. B. spricht den allgemeinen Grundsatz aus:

§. 916. Wird ein Geschäft von gewisser Art nur zum Schein verabredet, so ist es nach denjenigen gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen, nach denen es vermöge seiner wahren Beschaffenheit beurtheilt werden muß.

Der Code Napoléon enthält eine specielle Bestimmung im:

Art. 911. Toute disposition entre vifs ou par testament au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la formée d'un contrât onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées.

im Uebrigen wird des versteckten Vertrages nicht besonders erwähnt.

II. Bedingter Vertrag.

Von dem wirklich bedingten Vertrage ist zu unterscheiden der nur scheinbar bedingte Vertrag.

Der Vertrag ist nur scheinbar bedingt:

a) wenn es von der Willkür eines Kontrahenten abhängig gemacht ist, ob eine Verpflichtung bestehen soll. Denn wenn dies von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht wird, so ist der Vertrag nichtig, wenn es von der Willkür des Berechtigten abhängig gemacht ist, — vorausgesetzt, daß nicht bloß ein Anerbieten, sondern ein Vertrag vorliegt, — so ist der Vertrag unbedingt;

b) wenn ein nothwendig oder unmöglich eintretendes Ereigniß, oder eine unerlaubte Handlung zur Bedingung gemacht ist,

denn in diesem Falle ist der Vertrag entweder unbedingt oder nichtig;

c) wenn ein zur Zeit des Vertragsabschlusses bereits vorhandenes Ereigniß zur Bedingung gemacht ist. Denn auch in diesem Falle ist der Vertrag von Haus aus entweder unbedingt oder nichtig. Die Aehnlichkeit mit dem wirklich bedingten Vertrage besteht nur darin, daß den Contrahenten unbekannt ist, ob der Vertrag sich als ein unbedingter oder nichtiger erweisen wird.

A. Scheinbare Bedingung.

1. Willkür des Verpflichteten.

§. 128.

Ein Vertrag ist nichtig, wenn es von dem Willen des Verpflichteten abhängig gemacht ist, ob er verpflichtet sein will.

Daher sagt das Römische Recht:

Illam autem stipulationem: si volueris, dari? inutilem esse constat. l. 46. §. 3. D. 45. 1.

Sub hac conditione: si volam, nulla fit obligatio: pro non dicto enim est, quod dare, nisi velis, cogi non possis. l. 8. D. 44. 7.

In diesem Sinne sind auch zu verstehen die unbestimmter gefaßten Stellen:

nulla promissio potest consistere, quae ex voluntate promittentis statum capit. l. 108. §. 1. D. 45. 1.

stipulatio non valet in rei promittendi arbitrium collata conditione. l. 17. l. c.

und:

in vendentis vel ementis voluntatem collata conditione comparandi, quia non adstringit necessitate contrahentes, obligatio nulla est. l. 13. C. 4. 38.

sed utrum haec est venditionis conditio, si ipse dominus putasset suo arbitrio. Nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit: vel stipulanti sic spondeat, si voluero, decem dabo; neque enim debet in arbitrium rei conferri, an sit obstrictus. l. 7. pr. D. 18. 1.

Alle diese Stellen sind nicht auf den Fall zu beziehen, wenn ein von der Willkür des Verpflichteten abhängendes Ereigniß zur

Bedingung gesetzt ist. Vielmehr gilt, wie beim Legat, der Grundsatz: nichtig ist nur die Verpflichtung, dahin lautend:

si Maevius voluerit;

nicht die Verpflichtung:

si Maevius Capitolium ascenderit.

Letztere Verpflichtung ist eine gültige,

quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat. l. 52. D. 35. 1.

Daher heißt es allgemein:

Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel in utroque pendeat, vel sub incerta die, expectari oportet conditionis eventum ... ut tunc cedat, cum conditio impleatur. l. un. §. 7. C. 6. 51.

Das A. L. R. verordnet I. 4.:

§. 108. Ist die aufschiebende Bedingung so beschaffen, daß sie von einer ganz unbestimmten Willkür des Erklärenden oder dessen, welcher durch die Erklärung verpflichtet werden soll, abhängt, so hat die Erklärung selbst gar keine rechtliche Wirkung;

damit ist der Fall gemeint, wenn es von dem Willen des Verpflichteten abhängig gemacht ist, ob er verpflichtet sein will. Für den Fall, wenn ein bestimmtes Ereigniß, dessen Eintreffen oder Nichteintreffen von dem freien Willen des Verpflichteten abhängt, zur Bedingung gesetzt wird, gilt ein anderer Grundsatz. §. 109. I. 4. cf. §. 141.

Das O. G. B. und der Code Napoléon erwähnen den in Rede stehenden Fall nicht.

2. Nothwendiges Ereigniß.

§. 129.

Eine Verpflichtung ist unbedingt, wenn sie von dem Eintreffen eines nothwendigen Ereignisses oder dem Nichteintreffen eines unmöglichen Ereignisses abhängig gemacht ist.

Daher sagt das Römische Recht:

Qui sub conditione stipulatur, quae omnimodo extatura est, pure videtur stipulari. l. 9. §. 1. D. 46. 2.

at si ita stipuletur: si digito coelum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest. §. 11. J. 3. 20.

Das A. L. R. I. 4.:

§. 126. Durch Beziehung auf Ereignisse, welche nach dem natürlichen Laufe der Dinge nothwendig eintreffen müssen, wird eine Willenserklärung nicht bedingt.

§. 130. Ist eine unmögliche Bedingung in der Art, daß solche nicht eintreffen solle, beigefügt, so wird die Erklärung für unbedingt geachtet.

Das O. G. B. und der Code Napoléon erwähnen diesen Fall nicht.

3. Unmögliches Ereigniß.

§. 130.

Soweit die Erfüllung eines Vertrages von einem unmöglichen Ereigniß abhängig gemacht wird, so weit ist der Vertrag nichtig.

Daher sagt das Römische Recht:

Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat, veluti si quis ita dixerit: si digito coelum attigero, dare spondes? §. 11. J. 3. 20.

sub impossibili conditione factam stipulationem constat inutilem esse. l, 1. §. 11. D. 44. 7.

Si impossibilis conditio obligationibus adjiciatur, nihil valet stipulatio. §. 11. J. 3. 20.

impossibilis conditio, cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat. l. 7. D. 45. 1.

und:

non solum stipulationes impossibili conditioni adplicatae nullius momenti sunt, sed etiam caeteri quoque contractus, veluti emptiones, locationes, impossibili conditione interposita aeque nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectetur; quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem. l. 31. D. 44. 7.

Bei der donatio konnte eine unmögliche Suspensivbedingung nicht vorkommen, weil aus dem Schenkungsversprechen keine obligatio entstand und die Schenkung unbedingte Uebertragung des Eigenthums durch den Akt der Schenkung voraussetzte. Eine mit einer Schenkung verbundene unmögliche Resolutivbedingung hatte keine Wirkung.

Das A. L. R. verordnet I. 4.:

§. 129. Kann ein Ereigniß entweder nach dem natürlichen

Laufe der Dinge überhaupt, oder nach den besonderen Beschaffenheiten und Verhältnissen desjenigen, dem die Bedingung gemacht worden, nicht eintreffen, so wird die Bedingung selbst unmöglich genannt.

§. 131. Wird aber das Recht von dem Eintreffen der unmöglichen Bedingung abhängig gemacht, so wird dadurch die ganze Willenserklärung entkräftet.

und:

§. 128. Wird aber das Recht von dem Nichteintreffen eines solchen nothwendigen Ereignisses abhängig gemacht, so ist die Willenserklärung nichtig.

Im O. G. B. kommt analog zur Anwendung der Satz:

§. 698. Die Anordnung, wodurch Jemandem unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig, obschon die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre.

Der mit obschon beginnende Satz fällt natürlich bei Verträgen fort.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1172. Toute condition d'une chose impossible . . est nulle, et rend nulle la convention, qui en dépende.

und bezüglich der Schenkungen:

Art. 900. Dans toute disposition entre vifs les conditions impossibles seront réputées non écrites.

Man wird diese Bestimmung auf den Fall einer unmöglichen Resolutivbedingung beschränken müssen, weil nach dem Code Napoléon der Akt der Schenkung Eigenthum unbedingt überträgt, eine obligatio auf Erfüllung der Schenkung aber nicht existirt.

Anmerkung. Wenn die Auflösung eines Vertrages von einer unmöglichen Bedingung abhängig gemacht ist, gilt der Vertrag als unbedingt.

Nach dem Römischen Recht folgt dies einfach daraus, weil nach der Auffassungsweise des Römischen Rechts der eigentliche Vertrag als unbedingt und nur der auf Auflösung gehende Nebenvertrag als bedingt gilt.

Das A. L. R. enthält zwar eine andere Auffassung, indem es auch im Falle der Resolutivbedingung das aus dem Vertrage entstehende Recht als bedingt ansieht (cf. §. 135.). Man könnte daher meinen, die Bestimmung 1. 4.:

§. 131. Wird aber das Recht von dem Eintreffen der unmöglichen Bedingung abhängig gemacht, so wird dadurch die ganze Willenserklärung entkräftet.

sei dahin zu verstehen:

auch im Falle einer unmöglichen Resolutivbedingung sei der ganze Vertrag nichtig.

Dem ist jedoch nicht so. Der §. 131. ist unmittelbar nur auf einen suspensiv bedingten Vertrag anwendbar. Im Fall einer Resolutivbedingung wird nur der auf Auflösung gehende Vertrag vernichtet, wie das A. L. R. im Falle einer unerlaubten Bedingung ausdrücklich ausspricht §. 228. I. 5.

Das O. G. B. sagt:

Eine auflösende unmögliche Bedingung wird als nicht beigesetzt angesehen, 698. 898.

nämlich als dem Hauptvertrage nicht beigesetzt.

Der Code Napoléon bestimmt dasselbe, indem er sagt:

rend nulle la convention, qui en dépend. Art 1172.

4. Unverständliche Bedingung.

§. 131.

Der unmöglichen Bedingung ist die unverständliche Bedingung gleich zu achten.

Das Römische Recht erwähnt den Fall, wenn die Bedinguug in sich einen Widerspruch enthält (pugnantia inter se. l. 188. pr. D. 50. 17. inter se contraria). Es sagt:

duae orationes pugnantia continentes simul falsae sunt. l. 13. §. 3. D. 34. 5.

und:

in quo si aliquid falsum est, totam orationem falsam efficit. eod. l. c.

d. h. die Bedingung kann nie eintreten, gilt also gleich der unmöglichen Bedingung:

cum conditio existere non possit. l. 16. D. 28. 7.

Das A. L. R. stellt den unmöglichen Bedingungen gleich:

die Bedingungen, deren Sinn und wie sie erfüllt werden sollen, ganz unverständlich ist. §. 132. I. 4

Das O. G. B. sagt bezüglich letztwilliger Erklärungen:

§. 697. Ganz unverständliche Bedingungen sind für nicht beigefügt zu achten.

und bezüglich der Verträge:

§. 898. Verabredungen unter solchen Bedingungen, welche einen letzten Willen für nicht beigesetzt angesehen werden, sind ungültig.

Im Code Napoléon findet sich keine bezügliche Bestimmung.

5. Unerlaubte Handlung.

§. 132.

Einem unmöglichen Ereigniß steht gleich eine unerlaubte Handlung.

Das Römische Recht sagt:

ubi omnino conditio jure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta esset. l. 137. §. 6. D. 45. 1

d. h.:

conditiones contra edicta Imperatorum, aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, vel quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas praetores improbaverunt. l. 14. 15. D. 28. 7. l. 19. D. 45. 1.

Im Falle einer donatio galt die Bedingung als nicht beigefügt:

conditiones donationibus adpositas . . si damnosae sint, observari non debere. l. 13. §. 1. D. 50. 12.

Die Schenkung galt also als unbedingt.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 227. Unerlaubte Bedingungen, welche nach den Gesetzen bei Willenserklärungen überhaupt nicht stattfinden, entkräften einen jeden Vertrag, welchem sie beigefügt worden.

§. 228. Ist nicht der Hauptvertrag, sondern nur eine gewisse Nebenbestimmung oder Abrede an eine solche unerlaubte Bedingung gebunden, so wird auch nur diese dadurch entkräftet.

und 1. 4.:

§. 136. Was selbst kein Gegenstand einer Willenserklärung sein kann (§§. 7—14.), das kann auch Niemanden als eine Bedingung aufgelegt werden.

Das O. G. B. stellt den unmöglichen Bedingungen gleich die unerlaubten §. 698., also nach §§. 897. 898.:

ein Vertrag, wodurch unter einer unerlaubten Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig; ist die unerlaubte Bedingung als Resolutivbedingung beigefügt, so ist diese Nebenverabredung ungültig.

Der Code Napoléon sagt:

Toute condition d'une chose contraire aux bonnes moeurs ou prohibée par la loi, est nulle, et rende nulle la convention, qui en dépend. Art. 1172.;

im Falle einer Schenkung:

Art. 900. Dans toute disposition entre vifs les conditions, qui seront contraires aux lois ou aux meurs seront réputées non écrites.

6. Vergangenes oder gegenwärtiges Ereigniß.

§. 133.

Wenn ein vergangenes oder gegenwärtiges Ereigniß zur Bedingung gemacht wird, gilt der Vertrag als unbedingt oder nichtig vom Zeitpunkte des Vertragsabschlusses.

Daher sagt das Römische Recht:

cum ad praesens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet. . . Eadem sunt, et cum in praeteritum conditio confertur. l. 37. D. 12. 1.

und:

nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant. l. 120. D. 45. 1.

conditio in praeteritum, non tantum in praesens tempus relata, statim aut perimit obligationem, aut omnino non differt. l. 100. l. c.

Und das A. L. R. bezüglich der aufschiebenden Bedingung I. 4.:

§. 140. Auch vergangene Begebenheiten können zur Bedingung gemacht werden.

§. 142. Doch erstreckt sich, wenn die Willenserklärung nicht ein Anderes besagt, die rechtliche Wirkung derselben auf diejenige Zeit zurück, in welcher sie sich geäußert haben würde, wenn die Willenserklärung unbedingt gewesen wäre.

und bezüglich der auflösenden Bedingung:

§. 143. Ist eine vergangene Begebenheit zu einer auflösenden Bedingung gemacht worden, so wird bei erwiesener Wirklichkeit derselben, das dagegen eingeräumte Recht als von Anfang an ungültig angesehen.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

Der Code Napoléon stellt unter den Gesichtspunkt der Suspensivbedingung auch den Fall, wenn zur Bedingung gesetzt ist

un événement actuellement arrivé, mais encore inconnu des parties. Art. 1181.

jedoch mit der Maaßgabe:

l'obligation a son effet du jour où elle a été contractée. Art. 1181.

B. Wirkliche Bedingung.

Eine Bedingung kann einem Vertrage in sehr verschiedener Weise beigefügt werden.

Es kann nur eine einzelne Bestimmung des Vertrages bedingt sein, oder der ganze Vertrag. Nur letzterer Fall wird hier zur Erörterung gezogen. Auch die Gesetzbücher haben vornämlich diesen Fall im Auge.

Es kann ferner der Vertrag in solcher Weise bedingt sein, daß er erst in Folge des Eintritts der Bedingung in rechtliche Wirksamkeit tritt, oder so, daß in Folge des Eintritts der Bedingung die rechtliche Wirksamkeit des Vertrages aufhört.

Es kann ferner der Eintritt der Bedingung den Vertrag nur von der Zeit des Eintritts der Bedingung in einen unbedingten umwandeln, oder schon von der Zeit des geschlossenen Vertrages an.

Es kann endlich der Eintritt der Bedingung den Vertrag ohne Weiteres in einen unbedingten umwandeln, oder es kann der Eintritt der Bedingung nur die Wirkung haben, daß einer der Kontrahenten oder beide der Kontrahenten das Recht haben, den bedingten Vertrag in einen unbedingten umzuwandeln.

In welcher Weise im einzelnen Falle der Vertrag bedingt ist, das ist aus der Verabredung der Kontrahenten oder aus allgemeinen Interpretationsregeln zu entnehmen.

1. Begriff.

§. 134.

Eine wirkliche Bedingung ist vorhanden, wenn ein zukünftiges Ereigniß, dessen Eintreffen oder Nichteintreffen ungewiß ist, zur Bedingung gemacht ist.

Daher sagt das Römische Recht:

> sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. §. 4. J. 3. 16.

d. h.:

> tunc potestatem conditionis obtinet, cum in futurum confertur. l. 39 D. 12. 1.

Das A. L. R. setzt voraus:

> ein Ereigniß, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll. §. 100. 1. 4.

also noch nicht eingetroffen ist, sondern in der Zukunft eintreffen soll

Ebenso das O. G. B.:

> eine Ereignung,

und zwar deren Eintritt (Erfüllung der Bedingung), erst erfolgen soll. §. 696.

Der Code Napoléon spricht von einem:

événement futur et incertain. Art. 1168.

§. 135.

Ein Vertrag ist aufschiebend bedingt, wenn die Wirksamkeit der aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen, auflösend bedingt, wenn die Aufhebung der aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen von einer Bedingung abhängig gemacht ist.

Im Römischen Recht war die stipulatio immer aufschiebend bedingt:

sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut, si aliquid factum fuerit vel non fuerit, committatur stipulatio. §. 4. J. 3. 16.

Wollte man, daß das aus einer stipulatio entspringende Recht in einem gewissen Falle wieder aufhöre, so geschah dies in der Art, daß hierüber eine besondere Stipulation gemacht wurde, die dann wieder als suspensiv erschien.

Bezüglich der nicht in Form der Stipulation geschlossenen Verträge machte sich der Unterschied der Suspensiv- und Resolutivbedingung bemerkbar. Man unterschied:

ob die emptio sub conditione contrahi oder sub conditione resolvi videatur. l. 1. D. 18. 3.

Einzelne (alii) meinten zwar bezüglich der Resolutivbedingung:

et hanc sub conditione esse contractam. l. 2. §. 4. D. 41. 4.

die allgemeine Ansicht war jedoch:

non contrahi sed resolvi. eod. l. c.

non esse sub conditione distractam, sed resolvi emptionem sub conditione. l. 3. D. 18. 1.

d. h. der Vertrag selbst galt als unbedingt, und nur der auf Aufhebung gehende Nebenvertrag als bedingt:

erit pura emptio, perfecta, quae sub conditione resolvitur. l. 2. pr. D. 18. 2. l. 2. §. 4. D. 41. 4.

Es kommt daher darauf an, ob die Bedingung dem eigentlichen Vertrage oder dem auf Aufhebung gehenden Nebenvertrage beigefügt ist:

videamus, utrum conditio sit hoc, an conventio? si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur. l. 2. §. 3. D. 41. 4.

Das A. L. R. enthält eine andere Auffassung. Es nimmt auch

im Fall einer Resolutivbedingung an, daß der Vertrag selbst bedingt ist.

Es sagt zunächst allgemein I. 4.:

§. 100. Eine Willenserklärung (resp. ein Vertrag) ist bedingt, wenn das daraus entstehende Recht von einem Ereignisse, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht ist.

und demnächst unterscheidet es bezüglich dieses aus der Willenserklärung, dem Vertrage, entspringenden Rechts:

§. 101. Ist die Bedingung in der Art beigefügt, daß durch den Eintritt derselben die Erwerbung des Rechts erst vollendet werden soll, so heißt sie eine aufschiebende Bedingung.

§. 114. Ist eine Bedingung (nämlich dem eigentlichen Vertrage) in der Art beigefügt, daß durch den Eintritt derselben die Wirkung der Willenserklärung (d. h. also die Wirkung des eigentlichen Vertrages) wieder aufhören soll, so heißt solches eine auflösende Bedingung.

Daß das A. L. R. diese Auffassungsweise hat, darf nicht übersehen werden bei der Auslegung der im 4. Titel des I. Theils enthaltenen Regeln.

Das O. G. B. folgt dem A. L. R. Es sagt:

§. 696. Eine Bedingung heißt eine Ereignung, wovon ein Recht abhängig gemacht wird.

Sie ist aufschiebend, wenn das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zur Kraft gelangt.

Sie ist auflösend, wenn das zugedachte Recht (also das durch den eigentlichen Vertrag zugedachte Recht) bei ihrem Eintritt verloren geht.

Der Code Napoléon sagt in ähnlicher Weise:

Art. 1168. L'obligation est conditionelle (d. h. also die aus dem eigentlichen Vertrage entspringende Obligation) lorsqu'on la fait dépendre d'un évément futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'évément arrive, soit en la résiliant, selon que l'évènement arrivera ou n'arrivera pas.

2. Vermuthung.

a. Gegen rückwirkende Kraft.

§. 136.

In Ermangelung einer besonderen Verabredung ist anzunehmen, daß beim Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Vertrag erst vom Eintritt der Bedingung an als unbedingt gilt.

Nach der Ansicht des Römischen Rechts hatte ein bedingter Vertrag erst vom Eintritt der Bedingung an die Wirkung eines unbedingten Vertrages. Daher wird gesagt:

Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit; nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. Quodsi sub conditione res venierit . . quodsi extiterit (conditio), Proculus et Octavenus emptoris esse periculum ajunt; idem Pomponius libro nono probat (sicuti stipulatio). l. 8. pr. D. 18. 6.

Nur in dem Sinne wurde die Bedingung zurückbezogen, daß,

1) das Recht aus dem Vertrage auf den Erben übertragen wurde, wenn auch die Bedingung noch nicht eingetreten war:
quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, haederes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in praeteritum. eod. l. c.

2) und daß die Deterioration der Sache den Berechtigten traf:
Sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris. eod. l. c.

Nur wenn ausdrücklich verabredet war, daß die Wirkung der Bedingung zurückbezogen werden solle, z. B. durch die Ausdrucksweise:

tum ex hac die (d. h. dem Tage des Vertragsabschlusses). l. 64. 126. pr. D. 45. 1.

hatte der Eintritt der Bedingung rückwirkende Kraft. Koch II. 228.

Bornemann hat daher Unrecht, wenn er meint:

das Römische Recht bestimmte bekanntlich, daß die conditio existens in der Regel eine rückwirkende Kraft habe. I. 373.

Nur wenn einer bedingten Hauptverpflichtung eine unbedingte Nebenverpflichtung hinzugefügt war, z. B.

si sub conditione stipulatione facta hypotheca data sit,

hatte der Eintritt der Bedingung die Wirkung, daß die Nebenverpflichtung von der Zeit des Abschlusses des Hauptvertrages an wirksam war:

cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset. l. 11. §. 1. D. 20. 4.

Auch das A. L. R. setzt voraus, daß

durch den Eintritt der Bedingung die Erwerbung des Rechts erst vollendet werden soll. §. 101. 1. 4.

und das O. G. B.:

daß das zugedachte Recht erst nach ihrer Erfüllung zu seiner Kraft gelangt. §. 696.

Der Code Napoléon dagegen verordnet:

Art. 1179. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour, auquel l'engagement a été contracté.

jedoch ist das nicht unbedingt der Fall, denn:

1) la chose demeure aux risques du debiteur;

also:

si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur, l'obligation est éteinte.

2) Nur:

si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur

gilt der Grundsatz:

le créancier a le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix. Art. 1182.

Soweit der Vertrag Handlungen zum Gegenstand hat, kann von einer Rückwirkung überhaupt nicht die Rede sein.

§. 137.

In Ermangelung einer besonderen Verabredung ist anzunehmen, daß beim Eintritt der auflösenden Bedingung der Vertrag nur vom Eintritt der Bedingung an aufgelöst wird.

Im Römischen Recht galt der Grundsatz, die Gefahr der Sache trifft den Käufer bis zum Eintritt der Bedingung:

periculum ad eum pertinere, si res interierit. l. 2. §. 1. D. 18. 2.

Nur so weit die Sache beim Eintritt der Bedingung noch vorhanden war, hatte der Eintritt der Bedingung im Uebrigen rückwirkende Kraft. So lange die Bedingung noch nicht eingetreten war, hatte der Käufer zwar alle Rechte des Eigenthümers:

emptoris statim fit. l. 11. pr. l. c.

et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari. l. 2. §. 1. l. c.

et commodum et incommodum ad emptorem pertinet antequum venditio transferatur. l. 4. §. 4. D. 18. 2.

fructus interea captos emptorem priorem sequi. l. 6. pr. l. c.

Namentlich konnte er verpfänden:

ex quo colligitur, quod emptor medio tempore dominus esset; alioquin nec pignus teneret. l. 4. §. 3. l. c.

und klagen:

ipse utile interdictum habebit. l. 4. §. 4. l. c.

Durch den Eintritt der Bedingung wurden aber die vom Käufer über die Sache getroffenen Verfügungen aufgehoben:

rem pignori esse definere. l. 4. §. 3. l. c.

finiri pignus. l. 3. D. 20. 6.

und der Käufer mußte Alles restituiren:

eam actionem, sicut fructus, quos percepit, venditi judicio praestiturum. l. 4. §. 4. D. 18. 2.

fructus refundere priorem debere constat (sed venditori). l. 6. pr. l. c.

Es kam jedoch auch hier darauf an:

quid inter contrahentes actum sit. l. 11. pr. l. c.

Es konnte daher auch der Fall eintreten, daß nur zu restituiren war,

quae post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. l. 2. C. 4. 54.

Das A. L. R. verordnet I. 4.:

§. 115. Der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblicke, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt.

§. 116. Erhellet aus den Umständen, daß das Recht, beim Eintritt der Bedingung, als ungültig, von der Zeit der Einräumung an, habe angesehen werden sollen, so müssen auch die bisher gezogenen Nutzungen wieder herausgegeben werden.

Das O. G. B. sagt nur, daß

das Recht bei dem Eintritt der Bedingung verloren geht. §. 696.

Daß dabei eine Rückwirkung bis zum Tage des Abschlusses des Vertrages statt haben solle, ist nicht gesagt, kann auch aus §. 613. nicht gefolgert werden, weil darnach der unter einer Resolutivbedingung Berechtigte das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten eines Fruchtnießers bis zum Eintritt der Bedingung hat.

Im Code Napoléon gilt der allgemeine Grundsatz:

Art. 1179. La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté.

und namentlich bezüglich der condition résolutoire:

elle remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

elle oblige le créancier a restituer ce qui il a reçu, dans le cas ou l'évènement prévu par la condition arrive. l. c. Art. 1183.

b. Bei auflösender Bedingung.

§. 138.

Wenn die Aufhebung des Vertrages nur im In=

tereſſe des einen Kontrahenten liegt, ſo iſt anzunehmen, daß nur dieſer Kontrahent das Recht hat, den Vertrag aufzuheben.

Daher heißt es:

a) für den Fall, daß das Kaufgeld nicht gezahlt wird:

cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, (ut) fundus inemptus sit; ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur. l. 2. D. 18. 3.

Ebenſo ſetzt das A. L. R. voraus, daß nur dem Verkäufer das Recht vorbehalten iſt, vom Verkaufe zurückzutreten, reſp. die verkaufte Sache zurückzufordern, wenn der Zahlungstermin nicht innegehalten wird. §. 266. ff. 1. 11.

Auch nach dem Code Napoléon hat nur der Verkäufer das Recht:

demander la résolution de la vente. Art. 1654. sqq.

namentlich im Falle der Verabredung:

que, faute de paiement du prix dans le terme convenu, la vente serait résolue de plein droit. Art. 1656. 1657.

tritt das Recht ein au profit du vendeur.

b) Für den Fall des Vorbehalts eines beſſeren Käufers:

Sabinus scribit, licere venditori meliorem conditionem oblatam abjicere, sequique primam quasi meliorem; et ita utimur.

und nur ausnahmsweiſe:

si hoc erat nominatim actum.

hat der Käufer ein Recht aus dem Vertrage. l. 9. D. 18. 2.

Ebenſo giebt das A. L. R. nur dem Verkäufer das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten, 1. 11. §. 279. ff.; namentlich ſagt es:

§. 279. Wer für einen beſſeren Käufer zu achten ſei, hängt lediglich von der Beſtimmung des Verkäufers ab.

Auch das O. G. B. ſetzt voraus,

daß der Verkäufer befugt ſei, den beſſeren Käufer vorzuziehen. §. 1083.

und es beſtimmt:

§. 1085. Ob der neue Käufer beſſer ſei, beurtheilt der Verkäufer.

c) Im Falle des Wiederkaufs:

Der Verkäufer hat die actio praescriptis verbis vel ex vendito. l. 12. D. 19. 5. l. 2. C. 4. 54.

Im A. L. R. 1. 11.:

§. 327. Der Regel nach iſt das Wiederkaufsrecht nur zum Beſten des Verkäufers für vorbedungen zu erachten.

Auch das O. G. B. setzt zunächst voraus, daß das Wiederkaufsrecht dem Verkäufer vorbehalten ist, §. 1068., und nur im Falle, daß das Recht, die Sache dem Verkäufer der Sache wieder zu verkaufen, dem Käufer „ausbedungen" ist, hat er das Recht. §. 1071.

Der Code Napoléon spricht nur von dem Recht des Verkäufers:

de reprendre la chose vendue. Art. 1659:

3. Verpflichtung des bedingt Verpflichteten.

§. 139.

So lange Jemand bedingt verpflichtet ist, muß er Alles unterlassen, wodurch im Falle des Eintritts der Bedingung die Erfüllung der Verpflichtung unmöglich gemacht wird.

Das Römische Recht geht von der Ansicht aus, auch der bedingt Verpflichtete ist verpflichtet.

Denn wenn es auch heißt:

ex conditionali stipulatione tantum spes est debitum iri. §. 4. J. 3. 16.

so ist doch damit nur gemeint, es sei ungewiß, ob eine unbedingte Verpflichtung eintreten wird.

Daher wird auch gesagt:

conditionales creditores dicuntur et hi, quibus nondum competit actio, est autem competitura, vel qui spem habent, ut competat. l. 54. D. 50. 16.

Abgesehen von dieser eigenthümlichen Wirkung der bedingten Verpflichtung ist aber auch schon in Folge des Vertrages eine Verpflichtung vorhanden; daher wird gesagt:

eum, qui stipulatus est sub conditione, placet etiam pendente conditione creditorem esse. l. 42. D. 44. 7.

Diese Verpflichtung besteht darin, daß der Verpflichtete verantwortlich wird, wenn in Folge seiner culpa ihm beim Eintritt der Bedingung die Erfüllung der Verpflichtug unmöglich geworden ist, denn nur die zufällig eingetretene Unmöglichkeit liberirt ihn:

stipulationes perimuntur, si pendente conditione res extincta fuerit. l. 8. pr. D. 18. 6.

und nur im Falle der zufällig eingetretenen Verschlechterung der Sache hat er nichts zu vertreten:

sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emptoris. eod. l. c.

Daß die culpos eingetretene Unmöglichkeit zu erfüllen, und die culpose Verschlechterung der Sache, dem Verpflichteten zur Last

fällt, ist hierbei vorausgesetzt, denn nur davon wird gehandelt, inwieweit das periculum den Berechtigten trifft.

Das A. L. R. sagt geradezu I. 5.:

§. 103. Inzwischen darf der bedingungsweise Verpflichtete zum Nachtheil des dem Andern zugedachten Rechts nichts vornehmen.

und:

§. 166. der Verpflichtete darf in der Zwischenzeit nichts vornehmen, wodurch das Recht des Andern geschmälert, oder gar vereitelt werden könnte.

Das O. G. B. verweist bezüglich der Wirkung der einem Vertrage beigesetzten Bedingung auf die Lehre von den Bedingungen bei Erbeseinsetzungen und Legaten, §. 897, und dort bezüglich des Verhältnisses des bedingt Verpflichteten zum bedingt Berechtigten auf den Grundsatz der fideikommissarischen Substitution. §. 707.

Von dem Erben aber wird gesagt:

§. 613. Bis der Fall der fideikommissarischen Substitution eintritt,kommt dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zu.

Es ist auch bezüglich des bedingt Verpflichteten anzunehmen:

er verantwortet schuldbaren Untergang und schuldbare Detorioration der Sache.

Der Code Napoléon erörtert, welche Folgen der Untergang und die Verschlechterung der Sache während der Zeit, ehe die Bedingung eintritt, auf die Obligation hat. Er sagt:

a) bezüglich des Untergangs der Sache:

Art. 1182. Lorsque l'obligation a été contractée sous une condition suspensive, la chose, qui fait la matière de la convention, demeure aux risques du débiteur, qui ne s'est obligé de la livrer, que dans le cas de l'événement de la condition.

Geht sie durch sein Verschulden zu Grunde, so hat er Vertretung zu leisten, nur der zufällige Untergang liberirt ihn:

si la chose est entièrement périe sans la faute du débiteur l'obligation est éteinte.

b) bezüglich der Detoriaration wird unterschieden:

si la chose s'est détériorée sans la faute du débiteur, le créancier à le choix ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, sans diminution du prix

und:

si la chose s'est détériorée par la faute du débiteur, le créancier a le droit ou de résoudre l'obligation, ou d'exiger la chose dans l'état où elle se trouve, avec des dommages et intérêts.

Der Code Napoléon giebt also die Bestimmungen des Römischen Rechts wieder, nur mit der Maaßgabe, daß er dem Gläubiger das Recht giebt, die Obligation aufzuheben.

§. 140.

Wenn jedoch ein von der Willkür des Verpflichteten abhängendes Ereigniß zur Bedingung gesetzt ist, so behält der Verpflichtete das Recht der freien Verfügung über den Gegenstand der Verpflichtung, und der Berechtigte erwirbt im Fall des Eintritts der Bedingung nur insoweit ein Recht, als der Verpflichtung noch genügt werden kann.

Das Römische Recht erwähnt den Fall:

Titius cum pecuniam mutuam accipere vellet a Maevio, cavit ei, et quasdam res hypothecae nomine dare destinavit; deinde, postquam quasdam ex his rebus vendidisset, accepit pecuniam; quaesitum est, an et prius res venditae creditori tenerentur? Respondit, cum in potestate fuerit debitoris, post cautionem interpositam pecuniam non accipere, eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est, et ideo inspiciendum, quas res in bonis debitor numeratae pecuniae tempore habuerit. l. 4. D. 20. 3.

d. h. wer für eine Schuld, deren Existenz lediglich von einer in seiner Willkür stehenden Handlung abhängt — der Empfangnahme des Geldes, — ein Pfand bestellt, behält das Recht der Verfügung über das Pfand. Ein in dieser Weise bedingt berechtigter Pfandgläubiger erwirbt daher auch kein Vorrecht gegen spätere Pfandgläubiger.

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam, et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata: licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit non accipere ab eo pecuniam. l. 11. pr. l. c.

Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. l. 9. §. 1. l. c.

Das A. L. R. hat diesen Fall generalisirt, indem es bestimmt I. 4.:

§. 109. Ist zwar ein bestimmtes Ereigniß, aber nur ein solches,

dessen Eintreffen oder nicht Eintreffen an sich von dem freien Willen des Erklärenden oder Verpflichteten abhängt, zur Bedingung gesetzt, so kann der Begünstigte den Verpflichteten nicht hindern, über den Gegenstand der Erklärung, so lange dies Ereigniß noch nicht eingetroffen ist, nach Gutbefinden zu verfügen.

§. 110. Setzt durch dergleichen Verfügung der bedingungsweise Verpflichtete sich selbst außer Stand, bei künftig eintretendem Ereigniß der Erklärung zu genügen, so kann der Berechtigte, welcher in Rücksicht dessen bereits etwas gegeben oder geleistet hat, vollständige Schadloshaltung dafür fordern, d. h. also der Vertrag ist nichtig, aber der Berechtigte hat Anspruch auf vollständige Entschädigung, soweit es sich um Vergütung des Gegebenen oder Geleisteten handelt.

§. 111. Kann zur Zeit des wirklich eintretenden Ereignisses der Erklärung noch genügt werden, so hat der Berechtigte ein unbedingtes Recht darauf erworben.

Es bestimmt also das A. L. R. keineswegs etwas Anderes, als das Römische Recht, sondern der Unterschied besteht nur darin, daß das A. L. R. den im Römischen Recht in einem einzelnen Falle angewandten Grundsatz allgemein ausgesprochen hat, und es ist keineswegs eine nochmalige Erklärung in rechtsverbindlicher Form nöthig, um eine Verpflichtung zu erzeugen, wie Koch meint. II. 226.

Es ist auch keineswegs eine Erklärung, etwas geben zu wollen, wenn es dem Erklärenden gefällig sein würde, das oder das zu thun, so gut wie das Versprechen, Etwas zu geben, wenn der Erklärende wolle, also gar kein Versprechen. Es besteht vielmehr derselbe Unterschied, wie z. B. zwischen dem Legat:

Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit,

und dem Legat:

si Maevius voluerit, Titio decem do. l. 52. D. 35. 1.

Das O. G. B. erwähnt diesen Fall nicht.

Der Code Napoléon erklärt eine Verpflichtung der in Rede stehenden Art für nichtig.

Art. 944. Toute donation entre vifs faite sous des conditions, dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle,

und:

Art. 1174. Toute obligation est nulle, lorsqu'elle a été contracté sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige;

denn die condition potestative ist eine solche,

qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement, qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre

des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher. Art. 1170.

4. Eintritt oder Fehlschlagen der Bedingung.

§. 141.

Jenachdem die Bedingung eintritt oder fehlschlägt, wird die bedingte Verpflichtung unbedingt oder nichtig.

Das Römische Recht sagt:

quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio; quodsi exliterit . . . (perfecta emptione) . . . emptoris esse periculum. l. 8. pr. D. 18. 6.

conditionales autem venditiones perficiuntur, cum impleta fuerit conditio. l. 7. pr. D. 18. 1.

similis erit sub conditione factae venditioni, quae nulla est, si conditio defecerit. l. 37. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 4.:

durch den Eintritt der Bedingung wird die Erwerbung des Rechts erst vollendet. §. 101.

§. 102. Der unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigte muß, ehe er das Recht ausüben kann, die Wirklichkeit des Ereignisses abwarten.

Tritt die Bedingung nicht ein,

so verliert der Vertrag seine Wirksamkeit. §. 1136. I. 11.

Bezüglich der Resolutivbedingung:

§. 115. Der unter einer auflösenden Bedingung Berechtigte verliert sein Recht mit dem Augenblick, wo die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt.

Das O. G. B. sagt:

das von einer Bedingung abhängende Recht kann nur durch deren genaue Erfüllung erworben werden. §. 699.

5. Rechtswidrig bewirktes Eintreten oder Fehlschlagen der Bedingung.

§. 142.

Der bedingt Verpflichtete wird unbedingt verpflichtet, wenn er das Eintreten des zur Bedingung gestellten Ereignisses rechtswidrig verhindert.

§. 143.

Der bedingt Berechtigte verliert sein Recht, wenn

er das Eintreten des zur Bedingung gestellten Ereignisses rechtswidrig veranlaßt.

§. 144.

Soweit ein zufälliges Ereigniß als Bedingung gesetzt ist, ist rechtswidrig jede Handlung, wodurch vorsätzlich oder schuldbarer Weise das Eintreten des Ereignisses verhindert oder veranlaßt wird.

§. 145.

Soweit ein von dem Willen einer Person abhängendes Ereigniß zur Bedingung gesetzt ist, ist rechtswidrig jede rechtswidrige Handlung, wodurch unmittelbar oder in Folge der Einwirkung auf den Willen jener Person das Eintreten des Ereignisses verhindert oder veranlaßt wird.

Im Römischen Recht wird nur der Fall zur Erörterung gezogen, wenn der Verpflichtete das Eintreten der Bedingung verhindert. Es werden folgende Sätze aufgestellt:

1) Wenn der bedingt Verpflichtete das Eintreten der Bedingung vorsätzlich verhindert, so wird er unbedingt verpflichtet:

   quicunque sub conditione obligatus curaverit, ne conditio existeret, nihilominus obligetur. l. 85. §. 7. D. 45. 1.

2) Wenn der bedingt Verpflichtete das Eintreten der Bedingung schuldbarer Weise verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten:

   tunc demum pro impleta habetur conditio, cum per eum stat, qui si, impleta esset, debiturus erat. l. 81. §. 1. D. 35. 1.

Daß ein gewisses Verschulden vorausgesetzt wird, ergeben die Worte:

per eum stat. l. c., per eum fit. l. 24. D. 35. 1.
cum per promissorem factum esset. l. 161. D. 50. 17.
si per me stet, cum per emptorem stet. l. 50. D. 18. 1.
quamdiu per promissorem non stetit. l. 115. §. 2. D. 45. 1.

Wann ein solches Verschulden anzunehmen, das blieb — als quaestio facti — dem Richter zur Entscheidung vorbehalten.

Es wird auch im Römischen Recht nicht näher unterschieden, ob das zur Bedingung gestellte Ereigniß von einem Zufall oder

dem Willen einer Person abhängig gemacht ist. Vielmehr wird auch letzterer Fall unter den allgemeinen Gesichtspunkt gestellt und zwar:

a) ebenso, wenn eine Handlung des Berechtigten zur Bedingung gestellt ist:

quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quominus stipulator conditioni pareret. l. 161. D. 50. 17.

b) als wenn die Handlung eines Dritten zur Bedingung gesetzt wird:

Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita vendideris, si adecuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. Ego etiam ex vendito agi posse puto, quasi impleta conditione, cum per emptorem stet, quominus impleatur. l. 50. D 18. 1.

Das A. L. R. zieht beide Fälle in Betracht, nämlich sowohl den Fall, wenn der Verpflichtete das Eintreten des Ereignisses verhindert, als wenn der Berechtigte das Eintreten desselben veranlaßt, und es unterscheidet, ob ein zufälliges Ereigniß oder die Handlung eines Menschen zur Bedingung gestellt ist;

1) es verordnet l. 4.:

§. 104. Hängt die Bedingung von einem bloßen Zufalle ab, so dürfen weder der Berechtigte, noch der Verpflichtete, ein Jeder bei Verlust seines Rechts, Etwas vornehmen, wodurch das Eintreten des Zufalls hervorgebracht oder verhindert wird. Dieser Satz gilt sowohl von aufschiebenden als auflösenden Bedingungen. §. 117.

Daß aber nur die vorsätzliche und schuldbare Handlung in Betracht kommen kann, folgt daraus, daß Niemandem die schuldfreie Handlung als Unrecht zugerechnet wird.

Mit Unrecht aber meint Koch, II. 222.:

Die Regeln, welche für das spezielle Geschäft, bezüglich des dolus und der culpa, gegeben sind, müßten entscheidend sein; denn diese Regeln sind nur anwendbar, soweit es sich um die Erfüllung der Verträge handelt, hier ist allein maaßgebend, ob nach allgemeinen Grundsätzen über Zurechnung eine culpa vorliegt oder nicht.

2) Ist die Handlung eines Menschen zur Bedingung gemacht so unterscheidet das A. L. R.:

a) die Einwirkung auf den Willen des Handelnden. Es geht dabei von dem Grundsatz aus:

es ist unerlaubt, den Entschluß zur Handlung oder deren Unterlassung durch rechtswidrige Mittel herbeizuführen,

spricht diesen Grundsatz jedoch nicht allgemein, sondern nur mit Rücksicht auf einzelne Fälle aus, nämlich:

1) bezüglich der aufschiebenden Bedingung wird gesagt I. 4.:

Hängt die Bedingung von einer freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten ab, so ist die Bedingung in Ansehung des Verpflichteten für erfüllt anzusehen, wenn der Verpflichtete durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß bewirkt, nach welchem die Bedingung fehlschlägt. §. 105. 106.

§. 107. Wenn aber der Verpflichtete sich erlaubter Mittel zur Bewirkung dieses Entschlusses bedient hat, so ist er dem Berechtigten dafür nicht verantwortlich.

Es fehlt an einer Bestimmung für den Fall, wenn der Berechtigte durch unerlaubte Mittel den Entschluß eines Dritten oder des Verpflichteten bewirkt, wodurch das Eintreten der Bedingung veranlaßt wird.

2) bezüglich der auflösenden Bedingung wird gesagt:

§. 119. Beruht die Bedingung auf einer freien Handlung dessen, der bei ihrem Eintritt das Recht verlieren soll, oder eines Dritten, und hat der, welchem alsdann das Recht zufallen soll, durch Betrug oder andere unerlaubte Mittel den Entschluß, durch welchen die auflösende Bedingung wirklich wird, veranlaßt, so wird in Ansehung seiner angenommen, daß die Bedingung nicht eingetreten sei.

Hier fehlt eine Bestimmung für den Fall, wenn der bedingt Verpflichtete durch unerlaubte Mittel den Entschluß bewirkt, nach welchem die Bedingung nicht wirklich wird.

b) Von dem Falle des Einwirkens auf den Willen unterscheidet das A. L. R. noch einen andern Fall. Es sagt bezüglich der aufschiebenden Bedingung:

§. 105. Hängt die Bedingung von einer freien Handlung des Berechtigten oder eines Dritten ab, und hindert der Verpflichtete vorsätzlich, daß die Bedingung nicht zur Wirklichkeit gelangt, so ist dieselbe in Ansehung seiner für erfüllt zu achten.

Es ist hier also eine Verhinderung nicht durch Einwirkung auf den Willen gemeint, also eine Handlung, wodurch unmittelbar das Eintreten der Bedingung verhindert wird. Es ist jedoch zu bemerken:

a) das A. L. R. spricht allgemein von einer vorsätzlichen Handlung. Der Satz ist jedoch nur richtig bezüglich der rechtswidrigen Handlung. Die vorsätzliche erlaubte Handlung kann jene Wirkung nicht haben. Wenn also die Bedingung lautet:

Wenn der N. N. das ihm gehörige Pferd verschenkt, soll ihm A. ein gewisses Pferd verkaufen,

und der Verpflichtete tödtet das Pferd des N. N., so ist die Bedingung als erfüllt anzusehen; kauft aber der A. dem N. N. das Pferd ab, so ist die Bedingung nicht als eingetreten anzusehen, selbst wenn der Verpflichtete dies thut, um dadurch das Eintreten der Bedingung zu verhindern.

b) Ist aber die Handlung rechtswidrig, so ist nicht nothwendig, daß sie mit dem Vorsatz, dadurch das Eintreten der Bedingung zu verhindern, vorgenommen wird (curaverit, ne conditio existeret), sondern es reicht aus, wenn nur überhaupt die Handlung als schuldbare zuzurechnen ist (per eum stat, quominus).

c) Der §. **105** erwähnt nur der aufschiebenden Bedingung, jedenfalls sind bezüglich der auflösenden Bedingung gleiche Grundsätze anzuwenden.

d) Endlich erwähnt §. **105** nur den Fall der Verhinderung des Eintritts der Bedingung durch den Verpflichteten, nicht den Fall der Veranlassung des Eintritts der Bedingung durch den Berechtigten.

Man wird für letztern Fall den §. **104** analog anwenden müssen, nämlich dahin,

daß der Berechtigte in jenem Falle das Recht verliert,

z. B. wenn die Bedingung lautet:

wenn das Haus des N. N. eines Neubaues bedarf, soll A. den Neubau überkommen,

und A. das Haus anzündet, so verliert A. das Recht, den Neubau des Hauses zu übernehmen.

Das O. G. B. enthält keine bezüglichen Bestimmungen und der Code Napoléon nur den Satz:

Art. **1178.** La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement.

Es ist also nicht ausgedrückt, ob ein Verschulden erfordert wird; es ist nicht unterschieden zwischen einem von einem Zufall und einem von dem Willen einer Person abhängigen Ereigniß; und es ist nichts gesagt bezüglich des Falles, wenn der bedingt Berechtigte das Eintreten der Bedingung veranlaßt.

III. Versicherung der Erfüllung.

Die Versicherung der Erfüllung geschieht:

1) durch Beseitigung der möglichen Einwendungen gegen die Forderung;
2) durch Festsetzung einer bestimmten Entschädigung für den Fall der Nichterfüllung;

3) durch Bürgschaft dritter Personen oder Verpfändung von Sachen zur Sicherung der Erfüllung.

A. Beseitigung der Einwendungen.

Die möglichen Einwendungen gegen eine Forderung werden beseitigt:

a) durch Aufnahme des Vertrages in bestimmter Form, namentlich durch Aufnahme des Vertrages vor einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person;

b) durch Entsagung bestimmter Einwendungen.

1. Aufnahme des Vertrages durch eine mit öffentlichem Glauben versehene Person.

§. 146.

Die Richtigkeit des Inhalts einer Urkunde, welche durch eine mit öffentlichem Glauben versehenen Person aufgenommen worden ist, kann nicht angefochten werden, außer durch den Nachweis, daß die die Urkunde aufnehmende Person aus Irrthum etwas Unrichtiges in die Urkunde aufgenommen hat.

Daß aus Urkunden, welche in bestimmter Form aufgenommen worden sind, bestimmte prozessualische Vortheile entstehen, z. B. der Exekutiv- und Wechselprozeß, gehört ins Prozeßrecht.

Im materiellen Recht entsteht im Allgemeinen,

wenn die Erklärung in einer besonderen, durch die Gesetze bestimmten Form abgegeben worden. §. 54. 1. 4. A. L. R,

eine Vermuthung gegen die Annahme,

daß die Aeußerung bloß zum Scheine oder nur aus Scherz geschehen sei. §. 55. I. c.

Eigenthümliche Wirkungen aber hat die Abgabe einer Erklärung vor einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person.

Was in einer solchen Urkunde steht, gilt als wahr.

In diesem Sinne sagt die Allg. Ger. Ord. 1. 10. §. 126.:

Außer diesen Fällen aber kann einer Person nicht gestattet werden, die Richtigkeit des Inhalts einer solchen gehörig vollzogenen gerichtlichen Urkunde anzufechten.

und der Code Napoléon:

Art. 1319. L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayant-cause.

Natürlich bleibt den Kontrahenten das Recht, die Glaubwürdigkeit der Urkunde wegen Illegalität anzufechten. Allg. Ger. Ord. 1. 10. §. 126. und Code Napoléon Art. 1319.

Auch kann die Wahrheit des in der Urkunde Angegebenen durch den Nachweis angefochten werden, daß die instrumentirende Person aus Irrthum etwas Unrichtiges niedergeschrieben hat:

wenn angegeben wird, es sei bei Aufnahme der Urkunde ein Irrthum vorgefallen. §. 126. 1. 10. Allg. Ger. Ord.

Alle von der instrumentirenden Person bescheinigten, äußerlich wahrnehmbaren Thatsachen, namentlich die von ihm bescheinigten Erklärungen der Interessenten, können also nicht angefochten werden; außer durch den Nachweis, daß die instrumentirende Person aus Irrthum oder Mißverständniß etwas Unrichtiges niedergeschrieben hat.

Soweit die instrumentirende Person ein aus der Verhandlung entnommenes Urtheil bescheinigt, z. B. über die Willensfreiheit der Interessenten bei Aufnahme der Verhandlung, über deren Dispositionsfähigkeit, muß angenommen werden, daß nach Lage der bei Verhandlung wahrgenommenen Thatsachen das Urtheil der instrumentirenden Person richtig ist. Es kann daher auch ein solches Urtheil nur durch den Nachweis, daß die instrumentirende Person sich in einem Irrthum befunden hat, angefochten werden. (Nur bei letztwilligen Verordnungen ist ein derartiger Beweis unzulässig. §. 23. 24. 1. 12. und §. 201. 1. 5. A. L. R.)

Uebrigens wird nur die Richtigkeit des in der Urkunde Angegebenen festgestellt.

Soweit es sich also um einen Vertrag handelt, bleibt jedem Kontrahenten das Recht, den Vertrag aus Gründen anzufechten, welche die Anfechtung des Vertrages zulassen, auch wenn das in der Urkunde Angegebene wahr ist, z. B. wegen Betruges oder Irrthums. Koch II. 327.

2. Entsagung der Einwendungen.

§. 147.

Auf das Recht, einen Vertrag aus einem bestimmten gesetzlichen Grunde anzufechten, kann mit Wirkung in einem gültigen Vertrage verzichtet werden, ausgenommen, wenn der Verzicht gegen ein Verbotsgesetz ginge.

Es ist dies ein so selbstverständlicher Satz, daß er meistens stillschweigend vorausgesetzt wird.

Er folgt im Römischen Recht aus dem Satze, daß jedes

pactum im Wege der exceptio gültig ist, und in den neueren Gesetzbüchern aus dem Grundsatz, daß jeder Vertrag gilt.

Daß ein gegen ein Verbotsgesetz laufender Verzicht nicht gilt, folgt aus dem allgemeinen Satz, daß kein Vertrag gegen ein Verbotsgesetz gilt; speziell sagt es das A. L. R.:

von Einwendungen, die sich auf ein Verbotsgesetz gründen. **§. 195. 1. 5.**

Die Entsagung selbst muß in einem rechtsgültigen Vertrage geschehen.

Daher sagt das A. L. R.:

§. 194. Auch solchen Einwendungen, welche den Vertrag von Anfang an ungültig machen, kann darin nicht entsagt werden.

z. B. dem Einwand des Zwanges in einem erzwungenen Vertrage.

Auch muß zu ersehen sein, welchem bestimmten rechtlichen Einwande entsagt wird.

In diesem Sinne sagt das A. L. R.:

§. 193. Eine im Kontrakte nur in allgemeinen Ausdrücken geschehene Entsagung der Einwendungen hat keine rechtliche Wirkung.

§. 197. Andere Einwendungen, welchen im Kontrakt ausdrücklich entsagt worden, können in der Folge nicht mehr vorgeschützt werden.

§. 198. Doch muß der Sinn und Inhalt der Einwendungen in dem Vertrage dergestalt ausgedrückt sein, daß der Entsagende deutlich hat einsehen können, worauf er eigentlich Verzicht leiste.

und das O. G. B.:

§. 937. Allgemeine unbestimmte Verzichtleistungen auf Einwendungen gegen die Gültigkeit eines Vertrages sind ohne Wirkung.

§. 148.

Wer nach beseitigtem Zwange, erkanntem Betruge oder aufgeklärtem Irrthum dem geschlossenen Vertrage zustimmt, verliert das Recht, den Vertrag anzufechten.

Das Römische Recht schließt daher das Recht, einen Vertrag wegen Zwanges anzufechten, aus:

si postea eam consensu corroborastis. l. 4. C. 2. 20.

namentlich auch im Falle freiwilliger Erfüllung:

nisi et in solvendo vim te passum dicas. l. 2. C. 2. 20

Beim Betrug und Irrthum wird dieser Grundsatz als selbstverständlich nicht besonders hervorgehoben.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 186. Durch das Anerkenntniß eines seiner Form nach

rechtsbeständigen Vertrages werden diejenigen Einwendungen gehoben, welche sich auf den Mangel einer freien oder ernstlichen Einwilligung beziehen.

§. 187. Doch muß das Anerkenntniß zu einer Zeit erfolgt sein, wo das bei der ersten Schließung des Vertrages entgegengestandene Hinderniß gehoben war.

§. 188. Alsdann erstreckt sich aber auch die Wirkung eines ohne Einschränkung erfolgten Anerkenntnisses bis auf die Zeit des geschlossenen Vertrages zurück.

Die Bestimmung ist keineswegs, wie Koch meint, nach der Theorie des A. L. R. inkonsequent, II. 99., denn der Zwang, Betrug und Irrthum geben nur ein Recht, den Vertrag anzufechten, machen aber nicht den Vertrag von Haus auch nichtig. §. 45. §. 85. 1. 4.

Demnächst bestimmt das A. L. R. noch:

§. 189. Solche Handlungen, woraus eine vollständige Kenntniß des Vertrages und zugleich die wiederholte Genehmigung des ganzen Inhalts deutlich erhellt, begründen ein stillschweigendes Anerkenntniß.

und:

§. 190. Fehlt es an einer hinreichenden Kenntniß des Vertrages, so ist gar kein verbindliches Anerkenntniß vorhanden.

§. 191. Liegt in der Handlung nicht die Genehmigung des Vertrages nach seinem ganzen Inhalte, sondern nur eines Theiles desselben, so kann die Wirkung des Anerkenntnisses auf die dadurch nicht genehmigten Theile keineswegs ausgedehnt werden.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1115. Un contrât ne peut plus être attaqué pour cause de violence, si, depuis que la violence a cessé, ce contrât a été approuvé, soit expressément, soit tacitement.

und demnächst:

Art. 1338. L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable, que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée.

und:

à défant d'acte de confirmation ou ratification, il suffit que l'obligation soit exécutée volontairement après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée.

La confirmation, ratification ou exécution volontaire

dans les formes, et à l'époque déterminée par la loi, emporte la renonciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait opposer contre cet acte.

Diese Bestimmungen gelten also namentlich im Falle des dol und erreur resp. lésion. Art. 1117. 1118.

B. Festsetzung einer Strafe für den Fall der Nichterfüllung.

Es kann für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages eine bestimmte Entschädigung festgesetzt werden, und zwar:

a) entweder so, daß der Verpflichtete das Recht hat, gegen Erlegung der Entschädigung den Vertrag aufzuheben (Wandelpön). In diesem Falle besteht die alternative Verpflichtung entweder zu erfüllen, oder die Wandelpön zu zahlen.

b) oder so, daß die Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrages bestehen bleibt, und nur für einen bestimmten Fall der Verletzung des Vertrages, die zu leistende Entschädigung im Voraus bestimmt wird (Conventionalstrafe). Mit Ausnahme des Falles, wenn die Entschädigung für die gänzlich unterbleibende Erfüllung im Voraus bestimmt ist, besteht neben der Verpflichtung zur Zahlung der Conventionalstrafe die Verpflichtung zu erfüllen.

1. Wandelpön.

§. 149.

Eine Wandelpön ist vorhanden, wenn einer durch den Vertrag verpflichteten Person das Recht beigelegt ist, gegen eine vorausbestimmte Entschädigung den Vertrag aufzuheben.

Im Römischen Recht wird der Fall erwähnt: wenn es sich um einen schriftlich zu schließenden Kauf handelt. In diesem Falle heißt es:

> poenitentiae locus est, . . et potest emptor et venditor recedere ab emptione et venditione. pr. J. 3. 24.

und demnächst allgemein:

> si quae arrhae super facienda emptione cujuscunque rei datae sunt, sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adjectum, quid super iisdem arrhis non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans, in duptum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab em-

ptione recedens, datis a se arrhis cadat, repetitione earum deneganda. l. 17. C. 4. 21.

Das A. L. R. hat für den Fall einer Draufgabe verordnet 1. 5.:

§. 212. Ist das Gegentheil, und daß gegen Verlust oder Ersatz der Draufgabe der Rücktritt vom Vertrage stattfinden solle, ausdrücklich verabredet, so vertritt die Draufgabe die Stelle einer Wandelpön.

§. 213. Tritt in einem solchen Falle der Geber zurück, so behält der Empfänger die Draufgabe, kann aber keine weitere Entschädigung fordern.

§. 214. Tritt der Empfänger zurück, so muß der Geber mit Erstattung der Draufgabe statt der Entschädigung sich begnügen.

In diesem Falle hat also der Empfänger das Recht zurückzutreten, ohne irgend eine Entschädigung zu leisten;

und bezüglich der eigentlichen Wandelpön:

§. 312. Ist aber ausdrücklich verabredet, daß der Verpflichtete durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit frei werden solle, so ist die Strafe für eine Wandelpön zu achten.

§. 313. Auch eine solche Strafe, wodurch das Interesse des andern Theils, auf den Fall, wenn der Vertrag ganz rückgängig werden sollte, bestimmt wird, ist, wenn nicht ein Anderes aus der Verabredung selbst hervorgeht, für eine Wandelpön anzusehen.

§. 314. Ist eine Wandelpön verabredet, so hat der Verpflichtete die Wahl, ob er den Vertrag erfüllen, oder die Strafe entrichten wolle.

Das O. G. B. verordnet:

§. 909. Wird bei Schließung eines Vertrages ein Betrag bestimmt, welchen ein oder der andere Theil in dem Falle, daß er von dem Vertrage vor der Erfüllung zurücktreten will, entrichten muß, so wird der Vertrag gegen Reugeld geschlossen. In diesem Falle muß entweder der Vertrag erfüllt oder das Reugeld bezahlt werden.

§. 910. Wenn ein Angeld gegeben und zugleich die Befugniß des Rücktritts ohne Bestimmung eines besonderen Reugeldes bedungen wird, so vertritt das Angeld die Stelle des Reugeldes. Im Falle des Rücktritts verliert also der Geber das Angeld, oder der Empfänger stellt das Doppelte zurück.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1590. Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractans est maître de s'en départir; celui qui les a données, en les perdant, et celui, qui les a reçues, en restituant le double.

2. Conventionalstrafe.

§. 150.

Eine Conventionalstrafe ist vorhanden, wenn für einen bestimmten Fall der nicht gehörig geleisteten Erfüllung die zu leistende Entschädigung im Voraus bestimmt wird. Wenn der vorausgesetzte Fall eintritt, so kann als Entschädigung nur die Conventionalstrafe gefordert werden.

Im Römischen Recht wurde die stipulatio einer poena namentlich angewandt, um im Falle der Nichterfüllung einer stipulatio incerta eine Klage auf ein certum zu haben; z. B.:

ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere. l. 72. pr. D. 45. 1.

und:

si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quodsi ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest. l. 68. l. c.

Eine derartige stipulatio wurde wie jede bedingte stipulatio behandelt:

quasi quaelibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit. l. 115. pr. D. 45. 1.

d. h. sobald die Bedingung eintrat, konnte die poena gefordert werden.

Dabei galt der Grundsatz:

a) bei Stipulationen konnte nur die poena gefordert werden:

Sed si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem, an vero transferat in se, et quasi novatio prioris fiat; quod magis est verum. l. 44. §. 6. D. 44. 7.

b) Bei bonaefidei - Kontrakten dagegen konnte nach der Wahl des Berechtigten entweder mit der Kontraktsklage das Interesse oder mit der Klage aus der Stipulation die poena gefordert werden und, wenn letztere Klage gewählt worden war, noch mit der Kontraktsklage der Mehrbetrag des Interesses:

Praedia mihi vendidisti, et convenit, ut aliquid facerem; quod si non fecissem, poenam promisi; respondit: Venditor, antequam poenam ex stipulatu petat, ex vendito agere potest; si consecutus fuerit, quantum

poenae nomine stipulatus esset, agentem ex stipulatu doli mali exceptio summovebit; si ex stipulatu poenam consecutus fueris, ipso jure ex vendito agere non poteris. nisi in id, quod pluris ejus interfuerit, id fieri. l. 28. D. 19. 1.

Si quis a socio poenam stipulatus sit, pro socio non aget, si tantundem in poenam sit, quantum ejus interfuit. l. 41. D. 17. 2.

Quod si ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata. l. 42. l. c.

Si pacto subjecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat, an ex stipulatu actio? Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse, prout elegerit, qui stipulatus est. Si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit, accepto eum stipulationem ferre. l. 10. §. 1. D. 2. 14.

Durch das Versprechen einer poena für einen bestimmten Fall wurden natürlich Entschädigungsansprüche auf Grund eines anderen Falles nicht ausgeschlossen:

Lucius Titius accepta pecunia ad materias vendendas sub poena certa, ita ut, si, non integras repraesentaverit intra statuta tempora, poena conveniatur, partim datis materiis decessit; cum igitur testator in poenam commiserit, neque haeres ejus reliquam materiam exhibuerit, an et in poenam, et in usuras conveniri possit? . . Paulus respondit, ex contractu, de quo quaeritur, etiam haeredem venditoris in poenam conveniri posse, in actione quoque ex empto officio judicis post moram intercedentem usurarum pretii rationem haberi oportere. l. 47. D. 19. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 292. Das Interesse, welches ein Kontrahent dem Andern bei nicht gehörig geleisteter Erfüllung des Vertrages zu vergüten hat, kann durch Verabredung einer Strafe im Voraus bestimmt werden.

und:

§. 293. Wo dergleichen Strafe festgesetzt worden, da findet die Forderung eines höheren Interesses nicht statt.

und endlich:

§. 294. Ist aber die Strafe nur auf eine gewisse Art des Schadens, welcher aus der Nichterfüllung des Vertrages entsteht, gerichtet, so bleibt es in Ansehung anderer Arten und Fälle bei den Vorschriften der Gesetze.

also:

§. 295. War die Strafe nur auf die Zögerung in der Erfüllung gesetzt, so ist der andere Theil bei seinem Anspruche auf dasjenige Interesse, welches aus der gänzlichen Nichterfüllung entsteht, an diese Bestimmung nicht gebunden.

§. 296. War hingegen die Strafe auf die gänzliche Nichterfüllung gesetzt, so darf in Fällen, wo nur ein Theil des Vertrages unerfüllt geblieben, oder nur in der Art, der Zeit, oder dem Orte der Erfüllung gefehlt ist, nicht die Strafe, sondern nur das erweisliche Interesse geleistet werden.

Das O. G. sagt:

§. 1336. Die vertragschließenden Theile können eine besondere Uebereinkunft treffen, daß, auf den Fall des entweder gar nicht oder nicht auf gehörige Art, oder des zu spät erfüllten Versprechens, anstatt des zu vergütenden Nachtheiles ein bestimmter Geld- oder anderer Betrag entrichtet werden solle.

und der Code Napoléon:

Art. 1152. Lorsque la convention porte que celui, qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme, à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.

und:

Art. 1226. La clause pénale est celle, par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas l'inexécution.

Dabei gilt der Satz:

Art. 1228. Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale.

und:

Art. 1229. La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale.

es kann also ein etwaiger Mehrbetrag des Interesses nicht gefordert werden.

Endlich wird gesagt:

Art. 1231. La peine peut être modifiée par le juge, lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie.

§. 151.

Abgesehen von dem Falle einer besondern Verabredung und von dem Falle, wenn die Entschädigung für den Fall der gänzlich unterbleibenden Er-

füllung im Voraus bestimmt worden, wird der Verpflichtete durch Leistung der Entschädigung nicht frei von der Verpflichtung zu erfüllen.

Im Römischen Recht war

1) bei Stipulationen der gewöhnliche Fall der, daß für den Fall der gänzlich unterbleibenden Erfüllung eine Strafe festgesetzt wurde. Es konnte also nur die Strafe gefordert werden:

quasi novatio fiat. l. 44. §. 6. D. 44. 7.

quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur. l. 115. §. 2. D. 45. 1.

Es konnte aber auch das Gegentheil verabredet sein:

cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur. l. e.

2) Bei den bonaefidei-Kontrakten war dagegen der gewöhnliche Fall der, daß neben der poena noch das Interesse mit der Kontraktsklage gefordert werden konnte, und nur eine Anrechnung der poena auf das Interesse statt hatte. Vergl. §. 150.

Koch meint daher mit Unrecht:

im Zweifel werde vermuthet, die Conventionalstrafe sei nur alternativ verabredet, II. 343.

denn diese Vermuthung gilt nur bei Stipulationen, nicht bei bonaefidei-Kontrakten.

Das A. L. R. sagt I. 5.:

§. 311. Dagegen befreit die Erlegung der Strafe keinesweges von der Erfüllung des Vertrages.

§. 312. Ist aber ausdrücklich verabredet, daß der Verpflichtete durch Erlegung der Strafe von seiner Verbindlichkeit frei werden solle, so ist die Strafe für eine Waldelpön zu erachten.

Außer diesem Falle wird jedoch auch dann anzunehmen sein, daß die Erlegung der Strafe von der Erfüllung des Vertrages befreit, wenn die Strafe eben für den Fall der gänzlichen Nichterfüllung bestimmt ist, jedoch in dem Sinne, daß nicht eine Wandelpön vorliegt, sondern nur in dem Sinne, daß außer der Strafe nicht noch eine Entschädigung wegen Nichterfüllung gefordert werden kann.

Das O. G. B. bestimmt:

Die Bezahlung des Vergütungsbetrages befreit außer dem Falle einer besonderen Verabredung nicht von der Erfüllung des Vertrages. §. 1336.

Der Code Napoléon verordnet für den Fall der obligations avec clauses pénales:

Il (le créancier) ne peut demander en même temps

le principal et la peine, à moins, qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. Art. 1224.

C. Sicherung der Erfüllung.

1. Durch Bürgschaft.

§. 152.

Der Bürgschaftsvertrag besteht darin, daß sich Jemand gegen einen Berechtigten verpflichtet, für den Fall, daß der Verpflichtete seine Verpflichtung nicht erfüllt, diese Verpflichtung ganz oder theilweise zu erfüllen.

Der Bürgschaftsvertrag fällt also unter den allgemeinen Gesichtspunkt eines bedingten Vertrages. Bedingung ist die Nichterfüllung des Verflichteten.

In diesem Sinne sagt das Römische Recht:

qui autem alieno nomine obligatur, fidejussor vocatur; et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur, dum curamus, ut, quod in obligationem deduximus, tutius nobis debeatur. l. 1. §. 8. D. 44. 7.

und:

fidejussor, antequam reus debeat, conveniri non potest. l. 57. D. 46. 1.

Das A. L. R. 1. 14.:

§. 200. Wird die Sicherheit dadurch verschafft, daß ein Dritter gegen den Berechtigten zur Erfüllung der Obliegenheiten des Verpflichteten, auf den Fall, wenn dieser denselben nicht nachleben würde, sich verbindet, so ist ein Bürgschaftsvertrag vorhanden.

§. 257. Der Bürge haftet für den Hauptverpflichteten, soweit dieser seiner Verbindlichkeit gegen den Berechtigten keine Genüge leistet.

Das O. G. B.:

Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner verpflichten . . ., wenn er sich für die Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verbindet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle. §. 1344.

§. 1346. Wer sich zur Befriedigung des Gläubigers auf den Fall verpflichtet, daß der erste Schuldner die Verbindlichkeit nicht erfülle, wird ein Bürge, und das zwischen ihm und dem Gläubiger getroffene Uebereinkommen, Bürgschaftsvertrag

genannt. Hier bleibt der erste Schuldner noch immer der Hauptschuldner und der Bürge kommt nur als Nachschuldner hinzu:

Code Napoléon:

Art. 2011. Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas luimême.

Ihrem Inhalt nach kann die Bürgschaft zwar jeder obligatio beigefügt werden. Daher sagt das Römische Recht:

omni obligationi fidejussor accedere potest. l. 1. D. 46. 1.

sivi re, sive verbis, sive consensu. l. 8. §. 1. l. c.

pro eo etiam, qui jure honorario obligatus est. l. 8. §. 2. l. c.

et generaliter omnium obligationum fidejussorem accipi posse, nemini dubium est. l. 8. §. 6. l. c.

fidejussor accipi potest, quotiens est aliqua obligatio civilis vel naturalis, cui applicetur. l. 16. §. 3. D. l. c.

Das A. L. R. 1. 14.:

§. 249. Die Bürgschaft findet in Ansehung aller erlaubten Verbindlichkeiten statt, welche durch andere Personen geleistet, oder auf eine gewisse Summe in Anschlag gebracht werden können.

§. 250. Auch für den Nachtheil, welcher aus den unerlaubten Handlungen eines Andern, oder aus der Vernachlässigung seiner Pflichten entstehen könnte, kann Bürgschaft geleistet und gefordert werden.

Das O. G. B.:

§. 1350. Eine Bürgschaft kann nicht nur über Summen und Sachen, sondern auch über erlaubte Handlungen und Unterlassungen in Beziehung auf den Vortheil oder Nachtheil, welcher aus denselben für den Sichergestellten entstehen kann, geleistet werden.

Der Code Napoléon enthält keine direkte Bestimmung.

Zum Begriff der Bürgschaft gehört aber, daß der Bürge die Verpflichtung des Schuldners übernehme. Daher sagt das Römische Recht:

in aliam rem, quam quae credita est, fidejussor obligari non potest. l. 42. D. 46. 1.

non obligari, quia in aliam obligationem acceptus est. l. 8. §. 8. D. l. c.

namentlich kann der Bürge sich nicht zu mehr verpflichten, als der Hauptschuldner. Daher sagt das Römische Recht:

fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obli-

gatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. §. 5. J. 3. 21. und zwar in Folge des strengen Rechts der stipulatio — bei Strafe der Nichtigkeit der ganzen Bürgschaft:

Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur; quodsi fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit, eos omnino non obligari. l. 8. §. 7. D. 46. 1.

Hi, qui accessionis loco promittunt, in leviorem causam accipi possunt, in deteriorem non. l. 34. D. l. c. fidejussores et in partem pecuniae, et in partem rei recte accipi possunt. l. 9. l. c.

in leviorem plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fidejussor accipietur. Item accepto reo pure, ipse ex die vel sub conditione accipi potest. l. 8. §. 7. l. c.

Das A. L. R. 1. 14.:

§. 277. Zu etwas Mehrerem, als der Hauptverpflichtete selbst zu leisten hat, kann der Bürge niemals angehalten werden.

Nur bezüglich des Mehreren ist also die Bürgschaft nichtig. Gültig aber ist die Bürgschaft: auf den Betrag der Hauptforderung. §. 280.

Das O. G. B. enthält eine ausdrückliche Bestimmung nicht.

Der Code Napoléeon sagt:

Art. 2013. Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses.

Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses.

Le cautionnement, qui excède la dette, ou qui est contracté sous des conditions plus onéreuses, n'est point nul; il est seulement réductible à la mesure de l'obligation principale.

§. 153.

In der Regel kann der Bürge erst in Anspruch genommen werden, wenn der Gläubiger durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner dargethan hat, daß er von diesem seine Befriedigung nicht erhalten kann. Es kann aber auch verabredet werden, daß der Bürge sofort in Anspruch genom-

men werden kann, wenn der Hauptschuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt.

Im Römischen Recht haftete der fidejussor, sobald der Hauptschuldner seine Verbindlichkeit nicht erfüllte, denn es galt nur die Beschränkung:

fidejussor, antequam reus debeat, conveniri non potest. l. 57. D. 46. 1.

Durch die Novelle IV. cap. I. ward jedoch der entgegengesetzte Grundsatz aufgestellt:

veniat (creditor) primum ad eum, qui . . . debitum contraxit . . .

si vero non valuerit a debitore recipere aut in partem, aut in totum, secundum quod ab eo non potuerit recipere, secundum hoc ad fideijussorem . . veniat, et ab illo, quod reliquum est, sumat

und:

si principalem (debitorem) abesse contigerit . . . judex det tempus intercessori, volenti principalem deducere . . Si vero tempus in hoc indultum excesserit, tunc fidejussor . . exequatur litem et debitum exigatur contra eum, pro quo fidejussit.

Das A. L. R. verordnet I. 14.:

§. 283. In der Regel kann der Gläubiger an den Bürgen sich nicht eher halten, als bis er durch Verfolgung seines Rechts gegen den Hauptschuldner erwiesen hat, daß dieser seine Verbindlichkeit zu erfüllen ganz oder zum Theil nicht im Stande sei.

Die näheren Bestimmungen enthalten die §§. 284—296. und §. 298. l. c.

Demnächst aber wird noch generell bestimmt:

§. 297. Der Gläubiger kann, mit gänzlicher Uebergehung des Hauptschuldners, sich sofort an den Bürgen halten, wenn sich dieser ausdrücklich als Selbstschuldner verpflichtet, oder dem Einwande, daß der Hauptschuldner zuerst belangt werden müsse, gehörig entsagt hat. §. 307.

Das O. G. B. sagt:

§. 1355. Der Bürge kann in der Regel erst dann belangt werden, wenn der Hauptschuldner auf des Gläubigers gerichtliche oder außergerichtliche Einmahnung seine Verbindlichkeit nicht erfüllet hat.

Die nähern Bestimmungen enthält §. 1356.

Demnächst aber wird bestimmt:

§. 1357. Wer sich als Bürge und Zahler verpflichtet hat, haftet als ungetheilter Mitschuldner für die ganze Schuld; es

hängt von der Willkür des Gläubigers ab, ob er zuerst den Hauptschuldner oder den Bürgen oder beide zugleich belangen wolle.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 2021. La caution n'est obligée enves le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion . . .

Die nähern Maaßgaben enthalten Art. 2022 sq.

Das O. G. B. erwähnt auch noch den Fall:

wenn Jemand ohne die den Bürgen zu statten kommende Bedingung einer Verbindlichkeit als Mitschuldner beitritt. §. 1347.

und der Code Napoléon:

à moins, qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur. Art. 2021.

in diesem Falle liegt aber keine Bürgschaft, sondern eine Correal-Verpflichtung vor.

Beide Gesetzbücher verweisen deshalb auf die Vorschriften bezüglich der Correalverpflichtungen. Der Unterschied zwischen einer selbstschuldnerischen Bürgschaft und einer Correalverpflichtung liegt aber darin, daß nur erstere eine accessorische Verpflichtung ist, nicht aber die Correalverpflichtung. Nur erstere also setzt eine gültige Hauptverpflichtung voraus. Letztere Verpflichtung kann dagegen bestehen, auch wenn die Verpflichtung des andern Correus ungültig ist.

2. Durch Pfand.

§. 154.

Der Pfandvertrag besteht darin, daß Jemand einem Berechtigten das Recht einräumt, für den Fall, daß der Verpflichtete seine Verpflichtung nicht erfüllt, den Werth einer Sache oder deren Nutzungen zu seiner Befriedigung zu verwenden.

Auch der Pfandvertrag fällt unter den allgemeinen Gesichtspunkt eines bedingten Vertrages.

Das Recht sich an das Pfand zu halten tritt also ein:

cessante solutione. l. 7. C. 8. 28.

wenn der Schuldner das Pfand zur Verfallzeit nicht einlöst. §. 197. 25. 1. 20. A. L. R.

wenn die Verbindlichkeit zur bestimmten Zeit nicht erfüllt wird. §. 447. O. G. B.

wird der Pfandgläubiger nach Verlauf der bestimmten Zeit nicht befriedigt. O. G. B. §. 461.

à défaut de paiement. Art. 2078. C. N.

Zweck der Verpfändung aber ist die Sicherstellung des Gläubigers:

quo magis ei in tuto sit creditum. §. 4. J. 3. 15.

Das A. L. R.:

zur Sicherheit seiner Forderung. §. 1. l. 20.

Das O. G. B.:

die rechtlichen Arten der Sicherstellung einer Verbindlichkeit und der Befestigung eines Rechts sind.. die Verpfändung. §. 1343.

Der Code Napoléon:

pour sûreté de la dette. Art. 2071.

Ein Pfand kann zur Sicherung einer jeden Forderung bestellt werden:

Res hypothecae dari posse sciendum est pro quacunque obligatione. l. 5. pr. D. 20. 1.

Das A. L. R. 1. 20.:

§. 11. Für jeden an sich rechtsbegründeten Anspruch kann durch Pfand oder Hypothek gültig Sicherheit bestellt werden.

Das Recht des Pfandgläubigers besteht wesentlich darin, die ihm verpfändete Sache zu seiner Befriedigung zu verwenden.

Der gewöhnliche Fall ist: durch Veräußerung der Sache.

Nach Römischem Recht ist die Veräußerung durchaus wesentlich. Der Vertrag:

ne distraheretur,

hatte nur die Wirkung, daß der Schuldner dreimal zur Zahlung aufgefordert werden mußte:

nisi ei ter fuerit denunciatum, ut solvat, et cessaverit. l. 4. D. 13. 7.

Andererseits war bezüglich des Pfandvertrages die lex commissoria verboten, l. 3. C. 8. 35., ausgenommen, wenn die Ueberlassung erfolgt gegen Abschätzung zur Zeit des Verfalls:

possideat rem justo pretio tunc aestimandam. l. 16. §. 9. D. 20. 1.

Nach dem A. L. R. ist die Veräußerung der Sache das Gewöhnliche.

Ist ausdrücklich verabredet, daß der Gläubiger den Verkauf der verpfändeten Sache zu verlangen nicht berechtigt sein solle, so ist ein solcher Vertrag:

1) principaliter so zu deuten:

daß der Gläubiger seine Befriedigung nur aus den Früchten und Nutzungen suchen kann. §. 26.

2) Erhellet aus der Natur des Geschäfts, oder aus der Beschaffenheit des Pfandes, daß dieses nicht die Absicht der

Kontrahenten gewesen sein könne, so hat ein solcher Nebenvertrag nur die Wirkung, daß der Gläubiger nicht eher, als wenn über das Vermögen des Schuldners Konkurs entsteht, auf die Veräußerung des Pfandes antragen kann. §. 27.

Andererseits ist aber auch der Vertrag ungültig,

daß bei ausbleibender Zahlung die verpfändete Sache dem Gläubiger für die Schuld oder für einen im Voraus bestimmten Werth zufallen solle. §. 33.

und ebenso der Vertrag,

daß der Gläubiger den bei der Veräußerung des Pfandes sich ergebenden Ueberschuß gewinnen, dagegen aber auch einen dabei entstehenden Ausfall an seiner Forderung tragen soll. §. 213.

d. h. daß dem Gläubiger der Erlös des Pfandes statt der Erfüllung seiner Forderung zufalle.

Das O. G. B. erklärt für ungültig:

Alle der Natur des Pfand- und Darleihensvertrages entgegenstehende Bedingungen und Nebenverträge.

Dahin gehören die Verabredungen, daß nach der Verfallzeit der Schuldforderung das Pfandstück dem Gläubiger zufalle; daß er es nach Willkür oder zu einem schon im Voraus bestimmten Preise veräußern oder für sich behalten könne; daß der Schuldner das Pfand niemals einlösen . . . oder daß der Gläubiger nach der Verfallzeit die Veräußerung des Pfandes nicht verlangen dürfe. §. 1371.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 2078. Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement, et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle.

Dritte Abtheilung.

Aufhebung der aus dem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen.

Die aus einem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen werden aufgehoben:

1) durch Erfüllung;

2) durch Unmöglichkeit der Erfüllung;

3) durch Vertrag;
4) durch einseitige Willkür.

Es tritt dabei der Unterschied hervor, daß entweder nur eine bestimmte Verpflichtung aufgehoben wird, oder alle aus einem Vertrage entspringenden Verpflichtungen. Durch Erfüllung wird nur die erfüllte Verpflichtung aufgehoben. Durch Unmöglichkeit der Erfüllung und einseitige Aufhebung des Vertrages, werden alle aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen aufgehoben. Durch Vertrag kann das eine oder andere geschehen.

Die nachstehend zur Erörterung kommenden Gesichtspunkte sind übrigens nicht bloß bezüglich der aus Verträgen entspringenden Verpflichtungen maaßgebend, sondern theilweise auch bezüglich der aus anderen Rechtsgründen entstehenden Verpflichtungen und Ansprüche. Wieweit dies der Fall ist, wird nachstehend nicht besonders hervorgehoben werden.

I. Erfüllung.

Die Erfüllung erfolgt:
1) entweder unmittelbar
2) oder mittelbar durch Gegenrechnung.

A. Die unmittelbare Erfüllung.

§. 155.

Durch die dem Vertrage entsprechende Erfüllung wird die Verpflichtung aufgehoben.

Daher sagt das Römische Recht:

tollitur autem omnis obligatio solutione ejus, quod debetur. pr. J. 3. 30.

verborum obligatio naturaliter resolvitur solutione. l. 107. D. 46. 3.

Das A. L. R. 1. 16.:

§. 10. Ueberhaupt aber werden alle Verbindlichkeiten durch deren Erfüllung aufgehoben.

Das O. G. B.:

§. 1412. Die Verbindlichkeit wird vorzüglich durch die Zahlung, das ist durch die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist, aufgelöst.

Der Code Napoléon:

Art. 1234. Les obligations s'éteignent par le paiement.

§. 156.

Wenn der Berechtigte die Annahme der ihm angebotenen Erfüllung ohne rechtmäßigen Grund verweigert, so hat dies dieselbe Wirkung, als ob der Verpflichtete wirklich erfüllt hätte.

Wer jedoch verpflichtet ist, eine Sache zu übergeben, wird nur dadurch wie durch Erfüllung von seiner Verpflichtung frei, daß er die Sache dem Gericht übergiebt.

Im Römischen Recht wurde unterschieden zwischen der obligatio dandi und der obligatio faciendi.

Im Allgemeinen galt der Grundsatz:

pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. l. 72. pr. D. 46. 3.

Dieser Grundsatz galt namentlich, wenn es sich um eine Handlung handelte:

in omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium morae sit, quo minus fiat. l. 39. D. 50. 17.

Im Falle der obligatio dandi mußte jedoch die gerichtliche Niederlegung der Sache hinzutreten:

obsignatione totius debitae pecuniae solemniter facta liberationem contingere, manifestum est. l. 9. C. 8. 43.

rem in aedem deponi, et omni actione depositarium liberari. l. 1. §. 36. D. 16. 3.

consignatam in publico depone (in hoc autem casu publicum intelligi oportet vel sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi eas disposuerit). Quo subsecuto etiam periculo debitor liberabitur et jus pignorum tolletur. l. 19. C. 4. 32.

Eine Ausnahme galt im Interesse der Weinverkäufer, welche die Gefäße, worin gekaufter Wein enthalten ist, benutzen müssen (ista vasa necessaria. l. 2. pr. D. 18. 6.):

si doliare vinum emeris . . . veteres putaverunt, per corbem venditorem mensuram facere et effundere. l. 1. §. 4. D. 18. 6.

licet autem venditori effundere vinum . . . effundere autem non statim poterit, prius quam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum, aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. l. 1. §. 3. D. 18. 6.

Bei vorstehenden Bestimmungen ist nur an den Fall der Ei-

genthumsübertragung gedacht, nicht an den Fall, wenn der Besitz zu übergeben ist, um ein Gebrauchsrecht zu übertragen.

Auch die neueren Gesetzbücher haben vornämlich nur ersteren Fall im Auge.

Es bestimmt das A. L. R. I. 16.:

§. 213. Durch eine rechtmäßige gerichtliche Deposition der schuldigen Summe oder Sache wird der Schuldner und dessen Bürge, sowie durch wirkliche Zahlung oder Uebergabe von der Verbindlichkeit frei.

§. 234. Auch bei unbeweglichen Sachen findet die Uebergabe zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung mit der Wirkung, daß der Verpflichtete dadurch von seiner Verbindlichkeit entledigt werde, aus eben den Gründen statt, welche wegen der Deposition überhaupt im Vorstehenden bestimmt sind;

und speziell beim Kauf I. 11. §. 99.:

In allen Fällen, wo die Uebergabe ohne Schuld des Verkäufers aufgehalten wird, kann derselbe von aller Verantwortung gegen den Käufer dadurch, daß er die Sache zur gerichtlichen Aufsicht und Verwahrung übergiebt, sich befreien.

§. 228. Versäumt oder verweigert der Verkäufer die Annahme des Kaufgeldes, so ist der Käufer befugt, dasselbe auf Gefahr und Kosten des Verkäufers gerichtlich niederzulegen.

Im Falle eines versprochenen Darlehns wird zwar auch bestimmt I. 11.:

§. 658. Der Borger, welcher das Darlehn gesucht hat, ist schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen.

Aus der ferneren Bestimmung:

§. 659. Weigert er sich dessen, so muß er den Andern schadlos halten.

ist jedoch zu entnehmen, daß man in diesem Falle eine Deposition nicht für statthaft erachtet hat.

Im Falle der verweigerten Annahme von Handlungen hat der Anbietende das Recht, vom Vertrage zurückzutreten und Entschädigung zu beanspruchen. §. 878. I. 11. Vgl. §. 189.

Im Falle der verweigerten Annahme eines fertigen Werkes gelten die allgemeinen Grundsätze über verweigerte Annahme einer Sache. §. 939. 945. I. 11.

Das O. G. B. verordnet:

§. 1425. Kann eine Schuld aus dem Grunde, weil der Gläubiger ... mit dem Angebotenen unzufrieden ist, oder aus anderen wichtigen Gründen nicht bezahlt werden, so steht dem Schuldner bevor, die abzutragende Sache bei dem Gericht zu hinterlegen, oder, wenn sie dazu nicht geeignet ist, die gerichtliche Einleitung zu deren Verwahrung nachzusuchen. Jede dieser Handlungen, wenn sie rechtmäßig geschehen und dem Gläu-

biger bekannt gemacht worden ist, befreit den Schuldner von seiner Verbindlichkeit und wälzt die Gefahr der geleisteten Sache auf den Gläubiger.

Bezüglich zu leistender Handlungen verordnet das O. G. B.:

§. 1155. Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, gebühret der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie das Geschäft zu verrichten bereit war und von dem Besteller durch Schuld oder . . daran verhindert worden ist.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1257. Lorsque le créancier refuse de recevoir son paiement, le débiteur peut lui faire des offres réelles, et, au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte.

Les offres réelles, suivies d'une consignation, libérent le débiteur; elles tiennent lieu à son égard de paiement, lorsqu'elles sont valablement faites; et la chose ainsi consignée demeure aux risques du créancier.

Bezüglich der obligation de faire kommt der Grundsatz zur Anwendung:

Art. 1142. Toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.

Art. 1146. Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation.

B. Erfüllung durch Gegenrechnung.

§. 157.

Gegenseitige gleichartige fällige Forderungen heben sich gegenseitig bis auf den gleichen Betrag auf. Die Verschiedenheit des Ortes der Zahlung hindert die Compensation nicht, sofern das Interesse vergütet wird. Inwiefern bestrittene Forderungen zur Compensation angethan sind, bestimmt die Prozeß-Ordnung.

Das Römische Recht sagt:

Compensatio est debiti et crediti inter se contributio. l. 1. D. 16. 2.

Si constat, pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore,

ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates. l. 4. C. 4. 31.

et in stricti juris judiciis ex rescripto Divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. §. 30. J. 4. 6.

Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda. l. 14. pr. C. 4. 31. §. 30. J. 4 6.

Etiam quod natura debetur, venit in compensationem. l. 6. D. 16. 2.

quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. l. 7. pr. D. 16. 2.

Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum. Is petit a me, quam ei debeo, pecuniam; quaero, an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit certo loco dari? respondit: si Titius petit, eam quoque pecuniam, quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est, ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari. l. 15. D. 16. 2.

Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, liquida sit, et non multis ambagibus innodata. l. 14. pr. C. 4. 31.

Von der Compensation anderer gleichartiger Sachen außer Geld wird nicht gehandelt.

Das A. L. R. verordnet l. 16.:

§. 300. Die Aufhebung der Verbindlichkeiten, welche durch gegenseitige Anrechnung dessen, was Einer dem Andern schuldig ist, erfolgt, wird Compensation genannt.

§. 301. Sobald die Forderung, durch welche die Compensation gesetzmäßig begründet wird, entstanden ist, wird auch die Schuld, soweit die Compensation reicht, für erloschen geachtet.

§. 343. Nur fällige und gleichartige Verbindlichkeiten können gegen einander aufgehoben werden.

§. 344. Zwischen eigentlichen Zahlungen und anderen Leistungen findet also keine Compensation statt.

§. 345. Auch Leistungen bestimmter Sachen oder Handlungen können gegen einander nicht compensirt werden.

§. 346. Sind aber Gegenstand, Zeit und Ort übereinstimmend, so kommt es auf den Ursprung der wechselseitigen Forderungen nicht an.

§. 350. Was an einem anderen Orte zu zahlen ist, kann nur gegen Vergütung des Interesse compensirt werden.

§. 352. Zwischen Forderungen, die zu verschiedenen Zeiten

zahlbar sind, findet gegen den Willen des einen oder des anderen Theils keine Compensation statt (nämlich wenn eine Forderung noch nicht fällig ist).

§. 356. Wer seinem Schuldner freiwillig oder auf richterlichen Befehl Zahlungsfristen gestattet hat, kann das, was er demselben in der Zwischenzeit schuldig wird, auf die nächstkünftigen Zahlungstermine abrechnen.

§. 371. Nur zwischen Handlungen, die einen bestimmten Geldwerth haben, und wobei es gleichgültig ist, von wem sie geleistet werden, kann eine Compensation stattfinden.

§. 359. Ist die Forderung des Einen eingeräumt oder sonst sogleich klar, die andere aber wird von dem Gegentheile noch bestritten, so findet die Compensation nur insofern statt, als die bestrittene Gegenforderung nach Vorschrift der Prozeß-Ordnung sofort liquide gemacht werden kann.

Das O. G. B. sagt:

§. 1438. Wenn Forderungen gegenseitig zusammentreffen, die richtig, gleichartig und so beschaffen sind, daß eine Sache, die dem Einen als Gläubiger gebührt, von diesem auch als Schuldner dem Andern entrichtet werden kann, so entsteht, insoweit die Forderungen sich gegeneinander ausgleichen, eine gegenseitige Aufhebung der Verbindlichkeiten (Compensation), welche schon für sich die gegenseitige Zahlung bewirkt.

§. 1439. Zwischen einer richtigen und nichtrichtigen, sowie zwischen einer fälligen und noch nicht fälligen Forderung findet die Compensation nicht statt.

§. 1440. Ebenso lassen sich Forderungen, welche ungleichartige oder bestimmte und unbestimmte Sachen zum Gegenstande haben, nicht aufheben.

Der Code Napoléon:

Art. 1289. Lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes, de la manière et dans les cas ci-après exprimés.

Art. 1290. La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi; même à l'insu des débiteurs; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives.

Art. 1291. La compensation n'a lieu qu'entre deux dettes, qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles.

Les prestations en grains ou denrées non contestées

et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles.

Art. 1292. Le terme de grâce n'est point un obstacle à la compensation.

Art. 1293. Le compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou de l'autre des dettes exceptè etc. etc.

II. Unverschuldet eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung.

A. Im Allgemeinen.

Soweit die Erfüllung einer Verpflichtung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich wird, wird die Verpflichtung aufgehoben.

Bei gegenseitig verpflichtenden Verträgen aber entsteht die Frage, ob die ohne Verschulden des Verpflichteten eingetretene Unmöglichkeit der Erfüllung nur den Verpflichteten liberirt, oder ob auch die Gegenverpflichtung aufgehoben wird.

Nach Grundsätzen des strengen Rechts hat jeder Kontrahent nur die Rechte, die ihm ausdrücklich beigelegt sind. Daraus folgt, daß, wenn der Vertrag keine ausdrückliche Bestimmung dieserhalb enthält, die Unmöglichkeit der Erfüllung eben nur die Wirkung hat, daß die unmöglich gewordene Verpflichtung aufgehoben wird.

Im wirklichen Recht stellt sich dagegen die Sache anders. Die wesentliche Bestimmtheit des gegenseitig verpflichtenden Vertrages besteht in der Wechselbeziehung der gegenseitigen Verpflichtungen. Jeder Kontrahent übernimmt seine Verpflichtung nur mit Rücksicht auf die Gegenverpflichtung. Diese Wechselbeziehung der gegenseitigen Verpflichtungen muß daher auch anerkannt werden, wenn die Erfüllung der einen Verpflichtung unmöglich wird. Dies geschieht dadurch, daß in Ermangelung besonderer Verabredung der Satz gilt:

Soweit die Verpflichtung des einen Kontrahenten unmöglich wird, wird auch die Verpflichtung des andern Kontrahenten aufgehoben.

§. 158.

Soweit die Erfüllung einer Verpflichtung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich wird, soweit wird die Verpflichtung aufgehoben.

Wenn die Erfüllung der aus einem entgeltlichen Vertrage entspringenden Verpflichtungen in einem wesentlichen Punkte ohne Verschulden der Kontrahenten

unmöglich wird, so werden die gegenseitigen Verpflichtungen aufgehoben.

Im Römischen Recht galt bei Obligationen aus Stipulationen, und zwar bei Obligationen auf ein dare einer res certa der Grundsatz:

verborum obligatio naturaliter resolvitur, cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit. l. 107. D. 46. 3.

si certos nummos, puta, qui in arca sunt, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint, nihil nobis debetur. l. 37. D. 45. 1.

si ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te steterit, quominus vivo eo eum mihi dares. l. 23. l. c.

Nur wirkliche objektive Unmöglichkeit (impedimentum naturale) galt als Unmöglichkeit, nicht subjektive Unfähigkeit, also nicht, wenn Jemand eine versprochene Sache deshalb nicht geben konnte, weil sie ihm nicht gehörte:

ne incipiat dici, eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. l. 137. §. 4. D. 45. 1.

und ebenso nicht, wenn Jemand eine generell bestimmte Sache nicht liefern konnte, z. B. Geld:

si neque domi habet, neque inveniat creditorem. eod. l. c.

Es wurde demnächst der allgemeine Grundsatz aufgestellt:

extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest. l. 140. §. 2. l. c.

oder bestimmter:

licet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si (tamen) postea in aliquam eorum causam, de quibus supra dictum est, sine facto promissoris devenerit, extinguitur stipulatio. §. 2. J. 3. 20.

Was die entgeltlichen Verträge anbelangt, so ist das Römische Recht im Allgemeinen bei der Ansicht des strengen Rechts stehen geblieben, d. h. die Unmöglichkeit der Erfüllung von der einen Seite ist ohne Einfluß auf die gegenüberstehende Verpflichtung.

Es sind zu unterscheiden:

a) Verträge, wodurch Eigenthum einer Sache übertragen wird:

1) emptio venditio.

Als Regel galt der Grundsatz:

quum autem emptio et venditio contracta sit (perfecta emptione), periculum rei venditae statim ad emptorem

pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. §. 3. J. 3. 24.

In Folge dessen liberirte der zufällige Untergang der Sache den Verkäufer:

mortuo autem homine, perinde habenda est, ac si tradita fuisset, utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat. l. 5. §. 2. D. 18. 5.

Dagegen blieb der Käufer verpflichtet:

emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. §. 3. J. 3. 24.

quodsi per eam non stetisset, perinde pretium aufert, ac si tradidisset, quia quod evenit, emptoris periculo est. l. 15. D. 23. 3.

Nur ausnahmsweise, nämlich wenn nach der Verabredung der Kontrahenten (si justa conventio intervenerit. l. 5. §. 2. D. 18. 5.), oder wenn nach der Art des Kaufes, also beim Kauf von Sachen, quae pondere, numero, mensura constant in Folge des Grundsatzes:

non aliter videtur perfecta venditio, quam si admensa, adpensa, adnumeratave sint. l. 35. §. 5. D. 18. 1.

der Verkäufer die Gefahr trug:

omne periculum ad venditorem pertinere. l. 35. §. 7. l. c.

wurde in Folge des Unterganges der Sache der Verkäufer liberirt:

fundi nomine emptor agere non potest, cum, priusquam mensura fieret, inundatione aquarum, aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit. l. 10. §. 1. D. 18. 6.

Eine ganz spezielle Ausnahme enthält l. 33. D. 19. 2.:

nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto. Quod hactenus verum erit, ut pretium restituas.

2) Bei der permutatio als einem Realkontrakt konnte nur in Frage kommen, welchen Einfluß der zufällige Untergang der noch zu gebenden Sache hatte.

Es galt auch hier der Grundsatz:

sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo mihi Stichus erit. l. 5. §. 1. D. 19. 5.

Es fand also aus dem Grunde, weil die noch zu gebende Sache aus Zufall untergegangen, keine Rückforderung der gegebenen Sache statt nach dem Grundsatz:

pecuniam a te datam, licet causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est. l. 10. C. 4. 6.

und:

cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare. l. 5. pr. D. 12. 4.

In Folge des jus poenitendi kam jedoch praktisch die Sache anders zu stehen:

sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est. l. c.

daher heißt es:

si mortuus est Stichus, repetere possum. l. 16. l. c.

b) Verträge, wodurch Jemand zu einem facere verpflichtet wurde:

1) locatio conductio operarum.

Auch hier galt als Regel der Grundsatz:

Wenn die Leistung der Handlung ohne Verschulden des Verpflichteten unmöglich wird, so bleibt der Conductor zur Zahlung des ganzen bedungenen Entgelts verpflichtet:

qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet.

speziell also:

advocati quoque, si per eos non steterit, quominus causam agant, honoraria reddere non debent. l. 38. 61. §. 1. D. 19. 2.

und im Falle des Todes des Verpflichteten:

Divus Severus ab haeredibus advocati prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quominus causam ageret. l. 1. §. 13. D. 50. 13.

Nur die Beschränkung galt, daß der Lohn für die Zeit nicht gefordert werden durfte, in welcher der Verpflichtete anderweit Lohn erhalten hatte:

cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, Imperator Antonius cum Divo Severo rescripsit ad Libellum exceptoris in haec verba:

cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas solveris, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus implere aequum est. l. 19. §. 10. D. 19. 2.

Papinianus quoque libro quarto responsorum rescripsit: diem functo legato Caesaris, salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerant. §. 10. l. c. l. 4. D. 1. 22.

Im Falle des Verdungs eines Werkes kamen entweder die Grundsätze der emptio venditio zur Anwendung, oder der locatio conductio, letzteres namentlich im Falle eines verdungenen Bauwerkes. Daher heißt es:

quemadmodum si insulam aedificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis. l. 33. D. 19. 2.
Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium; Massurius Sabinus, si vi naturali veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum. l. 59. l. c.
opus, quod aversione locatum est, donec approbetur, conductoris periculo est; . . si tamen vi majore opus prius interciderit, quam approbaretur, locatoris periculo est. l. 36. l. c.
si, prius quam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem pertinet (si tale opus fuit, ut probari deberet). l. 37. l. c.

2) Im Falle des Realvertrages, do, ut facias, galt der Grundsatz:
repetitionem cessare . . nisi poeniteat. l. 3. §. 2. 3. D. 12. 4.

c) Locatio conductio rerum.

Nur bezüglich der locatio conductio rerum kam der Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit des Vertrages zur Geltung. cf. §. 159.
Das A. L. R. geht allgemein von dem Gesichtspunkt der Wechselbeziehung der Verpflichtungen aus. Es bestimmt daher I. 5.:

§. 364. Entsteht die Unmöglichkeit, den geschlossenen Vertrag zu erfüllen, durch einen Zufall oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen.

und:

§. 373. Entsteht die Unmöglichkeit der im Vertrage bestimmten Erfüllungsart durch einen bloßen Zufall, so finden die auf den Fall einer Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt gegebenen Vorschriften Anwendung. §§. 364—368.

Diese Grundsätze finden namentlich Anwendung:

a) Im Falle des Kaufes und Tausches I. 11.:

§. 100. Wird die verkaufte Sache noch vor der Uebergabe durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt, daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Kontrakt für aufgehoben geachtet. (Tit. V. §§. 364. ff.)

namentlich auch beim Kauf in Pausch und Bogen und beim Kauf eines Inbegriffs. §§. 120. 121. Nur bei gerichtlich nothwendigen Verkäufen geht durch den Zuschlag Gefahr und Eigenthum auf den Käufer über. §. 342.

b) Im Falle eines Vertrages über Handlungen:

§. 879. In Ansehung der Fälle, wo ein solcher Vertrag wegen Unmöglichkeit der Erfüllung wieder aufgehoben wird, hat es

bei den allgemeinen Vorschriften des Tit. V. §§. 360. ff. sein Bewenden.

namentlich auch im Falle des Todes des zur Leistung der Arbeit Verpflichteten. §. 416. 1. 5.

Auch im Falle eines in Pausch und Bogen bedungenen Werkes gilt im Allgemeinen der Grundsatz:

Wird das Werk selbst vor der zur Uebergabe bestimmten Zeit durch einen Zufall vernichtet oder unbrauchbar gemacht, so verliert der Werkmeister Arbeitslohn nnd Auslagen. §. 960. 1. 11.

jedoch mit der Maaßgabe:

Hat aber der Werkmeister die Materialien angeschafft, so hängt es von diesem ab, ob er von dem Kontrakte abgehen oder noch zu dessen Erfüllung mit anderen Materialien zugelassen sein wolle, jedoch nur, wenn entweder kein Termin zur Ablieferung bestimmt war, oder der Werkmeister die bestimmte Frist noch innehalten kann. §§. 963. 964.

Nur im Falle eines verdungenen Bauwerkes gilt der entgegengesetzte Grundsatz:

Wenn ein übernommener Bau vor der Uebergabe einstürzt oder sonst Schaden leidet . . und der Schade erweislich durch einen bloßen Zufall oder durch einen solchen Fehler, den der Baumeister als Kunstverständiger nicht hat voraussehen können, entstanden, so trifft der Verlust den Bauherrn. §§. 966. 967.

er muß also den ganzen bedungenen Lohn zahlen, wenn der Bau vollendet war. Wie es aber wegen des Lohnes zu halten, wenn der Bau noch nicht vollendet war, ist nicht ausdrücklich gesagt.

Das O. G. B. sagt;

Der zufällige gänzliche Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf.

und:

Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit oder die Zahlung einer Schuld durch einen anderen Zufall unmöglich wird.

Daß aber nicht bloß einseitig die eine Verpflichtung, sondern auch die Verpflichtung zur Gegenleistung aufgehoben wird, ergiebt die Bestimmung:

In jedem Falle aber muß der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat (also auch die Gegenleistung), zurückstellen oder vergüten. §. 1447.

Speziell bestimmt es dann:

a) Im Falle des Tausches und Kaufes:

§. 1048. Ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll, und wird in der Zwischenzeit entweder die ver-

tauschte bestimmte Sache durch Verbot außer Verkehr gesetzt oder zufälliger Weise ganz oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch für nicht geschlossen zu achten.

§. 1051. Ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen und fällt keinem Theile ein Versehen zur Last, so sind die obigen Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen auf den Zeitpunkt der Uebergabe selbst anzuwenden, insofern die Parteien nicht etwas Anderes festgesetzt haben.

Vorstehende Paragraphen entscheiden den Fall nicht:

wenn eine Zeit zur Uebergabe bestimmt ist, ohne Verschulden eines der Kontrahenten zur bestimmten Zeit nicht übergeben wird, und demnächst die Sache vor der Uebergabe zu Grunde geht.

Man wird annehmen müssen,

daß vom Augenblicke der zur Uebergabe bestimmten Zeit bis zur Uebergabe den Gläubiger die Gefahr trifft, und er also durch den Untergang der Sache von seiner Verpflichtung nicht liberirt wird.

b) Im Falle eines Vertrages über Handlungen enthält das O. G. B. nur die speziellen Bestimmungen:

1) Im Falle der Unterbrechung einer Arbeit . . verantwortet kein Theil den Zufall. §. 1160.

2) Wenn durch einen bloßen Zufall der zur Verfertigung eines Werkes vorbereitete Stoff oder das Werk selbst ganz oder zum Theil zu Grunde geht, so trägt der Eigenthümer des Stoffes oder des Werkes den Schaden. §. 1157.

Wie es wegen des bedungenen Lohnes zu halten, ist nicht gesagt. Soweit ein Kauf anzunehmen, wird man den Grundsatz anwenden müssen, es ist gar kein Lohn zu zahlen. Soweit ein Lohnvertrag vorliegt, wird man annehmen müssen, der Lohn ist ganz oder verhältnißmäßig zu zahlen.

Der Code Napoléon enthält zunächst allgemeine Bestimmungen:

de la perte de la chose due,

also nicht bloß bezüglich der auf Grund eines Vertrages zu gebenden Sache. Es heißt:

Art. 1302. Lorsque le corps certain et déterminé, qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur.

und:

Art. 1148. Il n'y a lieu à aucuns dommages et in-

térèts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag, so sind folgende Grundsätze maaßgebend:

1) Im Falle der obligation de donner heißt es:

Art. 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite.

Diese Bestimmung ist nur anwendbar auf den Fall, daß die Sache individuell bestimmt ist.

2) Für alle übrige Fälle, also:

a) bei obligation de donner un corps certain et determiné bis zum Augenblick, in welchem die Uebergabe erfolgen soll;

b) bei obligation de donner einer generell bestimmten Sache;

c) bei obligation de faire;

kommt dagegen der Grundsatz zur Anwendung:

Art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrâts synallagmatiques pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

d. h., wer die Erfüllung nicht erhält, ist auch zur Erfüllung nicht verpflichtet, namentlich also nicht in dem Falle, wenn dem Andern die Erfüllung unmöglich wird.

§. 159.

Im Falle eines Pacht- und Miethvertrages bleiben die Verpflichtungen für die Zeit, während welcher die Ausübung des Pacht- und Miethrechts möglich war, bestehen.

Es tritt also in einem solchen Falle eine theilweise Aufhebung der Verpflichtungen ein, nämlich für die Zeit, während welcher die Ausübung des Pacht- und Miethrechts unmöglich ist.

Der Grund davon liegt darin, weil von Haus aus eine nach der Dauer des Verhältnisses bestimmte Gegenleistung zu gewähren ist. cf. §. 40.

Die Wechselbeziehung der beiderseitigen Leistungen tritt also klar hervor. Sie wird daher auch im Römischen Recht anerkannt.

Es sagt dasselbe:

Sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis, quo fruitus est, pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem Et magis admittit, teneri eum; et est aequissimum . . In exustis quoque aedibus ejus temporis, quo aedificium stetit, mercedem praestandam rescripserunt (Imperator Antoninus cum Divo Severo). l. 9. §. 1. D. 19. 2.

de tempore praeterito . . puto solvendum. l. 9. §. 6. D. l. c.

Das A. L. R. bestimmt 1. 21.

§. 383. Ist die gemiethete Sache zu dem bestimmten Gebrauche ganz, oder doch größtentheils, ohne Verschulden des Miethers, untüchtig geworden, so kann der Miether noch vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit von dem Vertrage wieder abgehen.

§. 384. Die von ihm zu leistende Zinszahlung wird nach Verhältniß der Zeit, wo er die Sache noch hat brauchen oder nutzen können, bestimmt.

und speziell:

§. 548. Ist vorauszusehen, daß der durch Zufall veranlaßte Stillstand der Mühle länger als 6 Monate dauern werde, so ist der Verpächter sowohl, als der Pächter, vom Vertrage wieder abzugehen berechtigt.

Außerdem enthält es bezüglich der Pachtungen nur die Bestimmung:

§. 418. Sowohl bei der Uebergabe als während der Pachtzeit muß der Verpächter dem Pächter die ungehinderte Benutzung der ihm verpachteten Grundstücke und Rechte gewähren.

§. 419. Auch muß er denselben gegen alle darauf gemachte Ansprüche, insofern dadurch die Nutzungen solcher Grundstücke oder Rechte geschmälert werden, vertreten und schadlos halten.

Inwiefern in einem solchen Falle eine Aufhebung des Vertrages für die Zukunft eintritt, ist nicht gesagt. Man muß daher diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen und nach Analogie des §. 383. entscheiden.

Außerdem enthält das A. L. R. noch nähere Bestimmungen darüber, inwiefern eine zeitweise Verhinderung der Ausübung des Pacht- und Miethrechts einen Anspruch auf Erlaß vom Zinse erwirbt, so bei Miethe §. 299., bei Pacht einer Gerechtigkeit §. 301., einer nutzbaren Sache, die kein Landgut ist §. 302., eines Landguts 307., einer Mühle §. 534.

Das O. G. B. bestimmt:

§. 1112. Der Bestandvertrag löst sich von selbst auf, wenn

die bestandene Sache zu Grunde geht. Geschieht es durch einen Unglücksfall, so ist kein Theil dem andern dafür verantwortlich.

außerdem verordnet es:

§. 1117. Der Bestandnehmer ist berechtigt, auch vor Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit von dem Vertrage abzustehen, wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauch untauglich ist, wenn ein beträchtlicher Theil des Bestandstücks durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird.

und endlich enthält es Bestimmungen darüber, in welchen Fällen ein Erlaß am Zinse gefordert werden kann. §. 1104. ff.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1722. Si pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix, ou la résiliation même du bail. Dans l'un et l'autre cas il n'y a lieu à aucun dédommagement.

Im Falle der réparations urgentes wird bestimmt:

Si les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail. Art. 1724.

Erlaß am Zinse findet statt nach Art. 1722. und 1724.

B. Im Falle einer alternativen Verpflichtung.

Wenn bei einer alternativen Verpflichtung die Ausübung des Wahlrechts unmöglich wird, so ist eine verschiedene Auffassung möglich.

Entweder nämlich erachtet man für das Wesentliche das Vorhandensein der Verpflichtung, und also das Recht der Wahl nur für einen dabei in Betracht kommenden Nebenumstand, eine Vergünstigung, und stellt demzufolge den Grundsatz auf:

wenn dieser Nebenumstand fortfällt, d. h. wenn das Recht, die Wahl auszuüben, unmöglich wird, so bleibt dennoch das Wesentliche, die Verpflichtung, bestehen, so daß also an Stelle einer alternativen Verpflichtung eine einfache tritt.

Bei einer solchen Auffassungsweise sagt man:

utrumque separatim promittere intelligitur sub ea conditione, si alterum non dederit. (Glosse zu l. 16. D.45.1.

oder:

die Wahl ist nicht Bedingung der Obligation, sondern letztere ist pure, d. h. besteht auch ohne die Wahl. Koch I. 36. Es entspricht diese Auffassungsweise dem Prinzip des strengen Rechts. Es wird eine jede der alternativen Verpflichtungen als eine für sich bestehende angesehen, so daß also beim Wegfall der einen Verpflichtung noch die andere bestehen bleibt, sofern nicht ausdrücklich das Gegentheil verabredet worden ist.

Man kann aber auch die entgegengesetzte Ansicht aufstellen, indem man das Wahlrecht als das Wesentliche der Verpflichtung ansieht und demzufolge den Grundsatz aufstellt:

Wenn die Verpflichtung in einem wesentlichen Punkte unmöglich wird, d. h. wenn das Recht die Wahl auszuüben unmöglich wird, so wird die Verpflichtung überhaupt aufgehoben, sofern nämlich der Wahlberechtigte dies will.

Letztere Auffassungsweise dürfte die angemessenere und dem wirklichen Recht entsprechende sein. Denn bei Eingehung der Verpflichtung geht der Wahlberechtigte von der Voraussetzung aus, er werde das Wahlrecht ausüben können; er will also nicht einfach, sondern alternativ verpflichtet oder berechtigt sein, es ist daher auch angemessen, wenn die Voraussetzung nicht zutrifft, ihm das Recht zu geben, von der Verpflichtung ganz abzugehen oder bei der Verpflichtung, obwohl sie aus einer alternativen in eine einfache umgewandelt worden ist, stehen zu bleiben.

§. 160.

Wenn ohne Verschulden des Wahlberechtigten die Erfüllung der einen der alternativen Verpflichtungen unmöglich wird, so hat er das Recht, den Vertrag aufzuheben.

Dem Römischen Recht ist diese Auffassungsweise fremd.

Es sagt:

a) von dem wahlberechtigten Verpflichteten:

ubi alter decessit, extingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat. l. 2. §. 3. D. 13. 4.

und demzufolge:

vivum . . debet. eod. l. c.

quodsi promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest, aeque peti poterit. l: 95. §. 1. D. 46. 3.

Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex iis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te. l. 16. D. 45. 1.

und ebenso beim Kauf:

uno mortuo, qui superest, dandus est; et ideo prioris

periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. l. 34. §. 6. D. 18. 1.

b) Wenn der creditor das Wahlrecht hat, so gilt ebenfalls derselbe Grundsatz:

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo, qui vivit solus petetur. l. 95. pr. D. 46. 3.

und beim Kauf:

idem dicendum est, etiamsi emptoris fuit arbitrium, quem vellet habere. l. 34. §. 6. D. 18. 1.

Dabei wird entsprechend der l. 2. §. 3. D. 13. 4. gesagt:

si modo hoc solum arbitrio ejus commissum sit, ut, quem voluisset, emptum haberet, non et illud, an emptum haberet. eod. l. c.

Das A. L. R. enthält die entgegengesetzte Ansicht. Es verordnet 1. 11.:

§. 33. Ist dem Käufer die Wahl unter mehreren bestimmten Sachen vorbehalten worden, und eine oder die andere derselben wird vor angestellter Wahl durch Zufall vernichtet, so ist der Käufer an den Vertrag nicht mehr gebunden.

§. 37. Ist unter mehreren bestimmten Sachen dem Verkäufer die Wahl, welche derselben er dem Käufer gewähren wolle, vorbehalten, so findet in Ansehung seiner das statt, was §. 33—36. wegen des Käufers verordnet ist.

Daß dieser Grundsatz auch Anwendung findet, wenn über das Wahlrecht im Vertrage keine ausdrückliche Verabredung getroffen ist und also die gesetzlichen Regeln zur Anwendung kommen, ist anzunehmen:

Das O. G. B. spricht den allgemeinen Grundsatz aus:

§. 907. Wird ein Vertrag ausdrücklich mit Vorbehalt der Wahl geschlossen und dieselbe durch zufälligen Untergang eines oder mehrerer Wahlstücke vereitelt, so ist der Theil, dem die Wahl zusteht, an den Vertrag nicht gebunden.

Diese Fassung giebt noch mehr wie die landrechtliche dem Zweifel Raum:

ob dieser Grundsatz auch in Anwendung kommt, wenn im Vertrage nicht ausdrücklich gesagt ist, wer das Wahlrecht haben soll.

Man wird diese Frage bejahen müssen.

Der Code Napoléon folgt dem Römischen Recht:

Art. 1193. L'obligation alternative devient pure et simple, si l'une des choses promises périt et ne peut plus être livrée, même par la faute du débiteur.

und:

Art. 1194. Lorsque, dans les cas prévus, par l'article précédent, le choix avait été déféré par la convention au créancier,

Ou l'une des choses seulement est périe; et alors, si c'est sans la faute du débiteur, le créancier doit avoir celle qui reste.

III. Aufhebung durch Vertrag.

Wenn die Kontrahenten bezüglich der Aufhebung der aus einem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen einen Vertrag schließen, so können sie darüber willkürlich Verabredung treffen. Sie können daher ebensowohl die Aufhebung einzelner Verpflichtungen, als die Aufhebung aller aus dem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen verabreden.

Die Art und Weise der Aufhebung der Verpflichtungen kann eine verschiedene sein.

Entweder nämlich kann der Vertrag nur dahin gehen, daß die bestehenden Verpflichtungen aufgehoben werden, oder es kann der Vertrag dahin gehen, daß die bestehenden Verpflichtungen in Verpflichtungen anderer Art umgeändert werden sollen. Es unterscheidet sich hiernach der aufhebende Vertrag von dem Neuerungsvertrage.

A. Durch aufhebenden Vertrag.

Der aufhebende Vertrag unterscheidet sich dadurch, daß entweder nur die Verpflichtung des einen Kontrahenten ganz oder zum Theil aufgehoben wird, oder daß die Verpflichtungen beider Kontrahenten ganz oder zum Theil aufgehoben werden. Unter letzteren Gesichtspunkt fällt der Fall, wenn der ganze Vertrag aufgehoben wird. Dies kann in verschiedener Weise geschehen.

1. Erlaß, Verzicht.

§. 161.

Erlaß, Verzicht ist ein Vertrag, welcher nur die gänzliche oder theilweise Aufhebung der Verpflichtung des einen Kontrahenten zum Inhalt hat.

Im Römischen Recht erfolgte die Aufhebung einer aus einer stipulatio herrührenden Verpflichtung durch acceptilatio:

Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id, si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur haec verba debitorem dicere:

quod ego tibi promisi, habesne acceptum? et Titius respondeat: habeo . . . Quo genere tantum eae solvuntur obligationes, quae ex verbis consistunt, non etiam caeterae.

Sed et id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.

Sicut autem quod debetur, pro parte recte solvitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri potest. §. 1. J. 3. 30.

Durch acceptilatio wurde die obligatio ipso jure aufgehoben:

ipso jure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem. l. 27. §. 2. D. 2. 14.

Aus dem pactum:

ne peteret,

entstand nur eine exceptio. eod. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 16.:

§. 378. Die Erklärung von einem Rechte keinen Gebrauch machen zu wollen, wird Entsagung genannt.

§. 379. Die Entsagung eines bereits erworbenen Rechts heißt Erlaß.

§. 380. Was von Verträgen überhaupt gilt, findet auch auf Entsagungen der Regel nach Anwendung.

§. 381. Erlaß und Verzichtleistungen erfordern allemal eine ausdrückliche Willenserklärung.

§. 388. Was von der Annahme einer Schenkung verordnet ist, gilt auch von der Annahme eines Erlasses.

§. 392. Gerichtliche Entsagungen bedürfen keiner Annahme.

Natürlich ist letztere Bestimmung nicht auf den Fall anzuwenden, wenn Jemand eine Entsagung gerichtlich erklärt, um erst, wenn er will, davon Gebrauch zu machen, sondern nur auf den Fall, wenn Jemand wirklich, um zu entsagen, die Entsagung erklärt. Koch II. 694. Bornemann III. 664. Aber auch für diesen Fall ist die Bestimmung nicht gerechtfertigt. So lange noch nicht acceptirt ist, besteht noch kein Vertrag und der Entsagende muß das Recht behalten, seine einseitige Erklärung zurückzunehmen.

Die Entsagung muß unentgeltlich erfolgen, §. 393, d. h. ohne Nebenabrede einer Gegenleistung. §. 394.

Das O G. B. sagt:

§. 1444. In allen Fällen, in welchen der Gläubiger berechtigt ist, sich seines Rechts zu begeben, kann er demselben auch zum Vortheile seines Schuldners entsagen und hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldners aufheben.

Der Code Napoléon bestimmt den Begriff der

remise ou décharge conventionelle. Art. 1285.

nicht besonders.

2. Aufhebung des Vertrages. Form der Aufhebung.

Wenn ein rechtsgültiger Vertrag durch wechselseitige Einwilligung aufgehoben wird, so kann dies in verschiedener Weise geschehen.

1) Es ist noch von keinem Kontrahenten etwas gethan, den Vertrag zu erfüllen, und es wird nichts Weiteres verabredet, als daß der Vertrag aufgehoben sein soll. In diesem Falle entstehen gar keine neuen Verpflichtungen, sondern durch den neuen Vertrag wird eben nur der alte Vertrag aufgehoben. Es liegt also nur ein aufhebender Vertrag vor.
2) Der Vertrag ist bereits vollständig erfüllt, und die Kontrahenten verabreden dessen Aufhebung. In diesem Falle wird unrichtiger Weise von Aufhebung des Vertrages gesprochen. Denn durch die Erfüllung ist der Vertrag bereits erledigt, und der sogenannte aufhebende Vertrag ist in Wahrheit ein ganz neuer, für sich bestehender Vertrag, aus welchem ganz neue Verpflichtungen entstehen.
3) Der Vertrag ist bereits theilweise erfüllt und die Kontrahenten verabreden dessen Aufhebung. In diesem Falle erscheint der Vertrag theilweise als aufhebender Vertrag, theilweise als neuer Vertrag. Soweit nämlich der Vertrag noch nicht erfüllt ist, werden die noch bestehenden Verpflichtungen aufgehoben, soweit er aber schon erfüllt ist und die Erfüllung rückgängig gemacht wird, müssen neue Verpflichtungen eingegangen werden, nämlich die Verpflichtungen zur Rückgewähr des Geleisteten. In gleicher Weise ist der Vertrag theilweise als ein aufhebender, theilweise als ein neuer Vertrag anzusehen, wenn neben der Aufhebung besondere Verabredungen getroffen werden.

Der hervorgehobene Unterschied wird insbesondere wichtig, wenn es sich um die Form handelt, wie der aufhebende Vertrag rechtsgültig geschlossen werden kann.

1) Handelt es sich um einen nur aufhebenden Vertrag, so kommt es eben nur darauf an, den ursprünglichen Vertrag zu beseitigen. Es genügt deshalb mündliche Form, verbunden mit Kassation oder Rückgabe des über den Vertrag errichteten Instruments.
2) Wird eigentlich ein ganz neuer Vertrag geschlossen, so ist auch nur die bezüglich des neuen Vertrages erforderliche Form maaßgebend.
3) Wird dagegen der Vertrag theilweise aufgehoben und werden theilweise neue Verpflichtung eingegangen, so ist zunächst die bezüglich des aufgehobenen Vertrages erforderliche Form maaßgebend, d. h. der Vertrag muß in der Form aufgehoben

werden, in der er errichtet werden mußte, natürlich unter der Voraussetzung, daß die neue Verbindlichkeit zu ihrer Gültigkeit keine größere Förmlichkeit erfordert.

a. Eines noch nicht erfüllten Vertrages.

§. 162.

Ein Vertrag, dessen Erfüllung noch von keiner Seite begonnen ist, kann durch mündliche Verabredung und Kassation der etwa errichteten Vertragsurkunde aufgehoben werden.

Bei einem nur einseitig verpflichtenden Vertrage genügt die Rückgabe der Urkunde an den Verpflichteten.

Im Römischen Recht galt der Grundsatz:

Nihil tam naturale est, quam eo genere quidve dissolvere, quo colligatum est. l. 35. D. 50. 17.

und demzufolge:

1) bei Stipulationen der Satz:

ideo verborum obligatio verbis tollitur. eod. l. c.

verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. §. 1. J. 3. 30.

Diese Auflösung geschah durch acceptilatio. cf. §. 161.

2) Bezüglich der Konsensualverträge galt der Grundsatz:

So lange noch keine Erfüllung stattgehabt:

integris omnibus. l. 58 pr. D. 2. 14.

dum res integra est. l. 2. D. 18. 5.

re nondum secuta. l. 7. §. 6. D. 2. 14.

antequam fuerit res secuta. l. 3. pr. D. 18. 5.

si res secuta non fuerit. l. 5. §. 1. l. c.

nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur. l. 35. D. 50. 17.

potest conventione nostra infecta fieri emptio. l. 2. D. 18. 5.

contrario consensu resolvitur. l. 3. l. c.

nuda conventione dissolvitur. l. 5. §. 1. l. c.

dissensu contrario dissolvi potest. l. 80. D. 46. 3.

posse abiri. l. 7. §. 6. D. 2. 14.

recedi potest. l 58. l. c.

Wollte man Obligationen, die nicht aus Stipulationen entstanden, durch acceptilatio auflösen, so mußte man sie vorher in Stipulationen umwandeln:

id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. §. 1. J. 3. 30.

Doch hatte die Anwendung der acceptilatio auf Konsensualverträge die Wirkung:

voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur, et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quidquam peteret,

d. h.:

sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet. l. 5. pr. D. 18. 5.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 385. Durch wechselseitige Einwilligung kann ein zwar schon geschlossener, aber noch nicht erfüllter Vertrag wieder aufgehoben werden;

und demnächst bezüglich der Form:

§. 386. Ist der Vertrag noch von keiner Seite erfüllt, und erfolgt weiter nichts, als daß beide Theile ihre Einwilligung, davon wieder abzugehen, äußern, so ist eine mündliche Erklärung hinreichend.

§. 387. Doch muß die Kassation des über den Vertrag aufgenommenen schriftlichen Instruments hinzu kommen.

Unter dem allgemeinen Ausdruck „schriftliches Instrument" ist auch ein gerichtliches Instrument mitgemeint. Der §. 389 bezieht sich nicht auf den Fall des §. 386.

Sind mehrere Dokumente vorhanden, so müssen natürlich alle kassirt werden.

Daß bei einseitig verpflichtenden Verträgen die Kassation des Instruments nicht erforderlich ist, sondern schon die Rückgabe des Instruments genügt, ist zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber aus dem Gesetz zu entnehmen.

Schon nach Römischem Recht begründete die Rückgabe eines Schuldscheins eine Vermuthung dafür, daß die Schuld getilgt sei. l. 14. 15. C. 8. 43. und l. 7. C. 8. 26.

Ebenso bestimmt das A. L. R. 1. 16.:

§. 98. Erhellet jedoch, daß der Gläubiger selbst dem Schuldner das Instrument zurückgegeben habe, so wird, daß die Schuld getilgt sei, so lange vermuthet, als nicht eine andere Ursache der geschehenen Rückgabe ausgemittelt werden kann.

Diese Vermuthung kann nicht widerlegt werden, wenn das Instrument deshalb zurückgegeben wurde, weil der Vertrag aufgehoben worden.

Nach den Grundsätzen des O. G. B. genügt zur Aufhebung des Vertrages die mündliche Verabredung.

Die Rückgabe eines Schuldscheins kommt nur als Beweismittel in Betracht. §. 1428.

Der Code Napoléon enthält keine ausdrückliche Bestimmung über die Form, in welcher Verträge, worüber Urkunden bestehen, aufzuheben sind. Er sagt:

> Reciproquement, celui, qui se pretende libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. Art. 1315.

und:

> Art. 1341. Il doit être passé acte, devant notaire ou sous signature privée, de toutes choses excedant la somme ou valeur de cent cinquante francs.

Ob aber dieser Satz auch Anwendung finden soll auf den Fall der Aufhebung eines Vertrages, worüber eine Urkunde errichtet ist, ist nicht gesagt.

Nur soviel ergiebt sich:

a) Die Kassation der Urkunde in Fällen, wo der Zeugenbeweis ausgeschlossen ist, benimmt dem Kontrahenten das Recht zur Klage, denn das Recht bleibt ihm nur:

> au cas, où le créancier a perdu le titre, qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure. Art. 1348. Nro. 4.

b) Die Rückgabe des Schuldscheins betreffend wird verordnet:

> Art. 1282. La remise volontaire du titre original sous signature privée, par le créancier au débiteur, fait preuve de la liberation.

und:

> Art. 1283. La remise volontaire de la grosse du titre fait présumer la remise de la dette ou le paiement, sans préjudice de la preuve contraire.

b. Eines theilweise erfüllten Vertrages und Aufhebung mit Nebenabreden.

§. 163.

Werden der Aufhebung des Vertrages Nebenabreden beigefügt, oder wird ein schon theilweise erfüllter Vertrag aufgehoben, so muß die Aufhebung in derselben Form erfolgen, in welcher der Vertrag errichtet werden mußte.

Das Römische Recht enthält folgende Grundsätze:

Es wird zwar gesagt:

Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. l. 27. §. 2. D. 2. 14.

allein bestimmter wird so unterschieden:

1) Wenn noch von keiner Seite erfüllt ist, und eine Aenderung des Vertrages

a) in einem wesentlichen Theile erfolgt, so gilt der frühere Vertrag als aufgehoben und die Aenderung des Vertrages als ein neuer Vertrag:

quoniam emptionis substantia consistit ex pretio . . . Si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, et nova emptio intercessisse videtur. l. 72. pr. D. 18. 1.

b) Eine Aenderung des Vertrages, welche nur einen unwesentlichen Theil betrifft:

quae adminicula sunt emptionis. eod. l. c.

war vollgültig oder im Wege der exceptio gültig, nach dem Grundsatz:

Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractu videntur, quae vero adjiciunt, credimus (hoc) non inesse; vires habebit jure exceptionis. eod. l. c.

In angegebener Weise muß man also die Worte verstehen:

pars emptionis pactione mutari potest — nam si potest tota res tolli, cur non et reformari, ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur? ... posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione. l. 7. §. 6. D. 2. 14.

2) Insoweit ein Vertrag bereits erfüllt war, konnte dieser Theil des Vertrages nicht durch ein anderes pactum wieder aufgelöst werden:

post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus. l. 2. D. 18. 5.

Sollte ein Recht auf Rückgabe des Geleisteten zu klagen entstehen,

ut tu, quod jam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris,

so galt dies nicht als Aufhebung des Vertrages, sondern als Schließung eines neuen Vertrages,

quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino

negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituantur. l. 58. D. 2. 14.

Dagegen konnte eine Auflösung dadurch bewirkt werden, daß das Geleistete zurückgegeben,

in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem,

und bezüglich des noch nicht Geleisteten verabredet wurde:

ut ab eo negotio discederetur. eod. l. c.

Das A. L. R. verordnet 1. 5.:

§. 388. Ist der Vertrag schon von einer Seite erfüllt, oder werden der Einwilligung in dessen Aufhebung Bedingungen oder Nebenabreden hinzugefügt, so muß insoweit, als zur Errichtung des Vertrages die schriftliche Abfassung nothwendig ist, auch die Aufhebung desselben schriftlich erklärt werden.

§. 389. Insofern als ein Vertrag gerichtlich geschlossen werden muß, muß auch dessen Aufhebung gerichtlich erfolgen.

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich, daß es nicht darauf ankommt, in welcher Form der Vertrag errichtet worden ist, sondern in welcher Form derselbe errichtet werden mußte. Es kann also ein Vertrag, der mündlich geschlossen rechtsgültig ist, durch mündlichen Vertrag aufgehoben werden, auch wenn er schriftlich oder gerichtlich errichtet ist, und es bedarf auch nicht der Kassation des Instruments, wie im Falle des §. 386; und zwar deshalb, weil hier der aufhebende Vertrag als ein besonderer für sich bestehender Vertrag in Betracht kommt. Ebenso kann ein gerichtlicher Vertrag, der nur schriftlich errichtet zu werden braucht, durch schriftlichen Vertrag aufgehoben werden.

Verträge, welche bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich oder notariell errichtet werden müssen, müssen gerichtlich oder notariell aufgehoben werden.

Nach den Grundsätzen des O. G. B. genügt die mündliche Verabredung.

Der Code Napoléon enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

c. Eines gänzlich erfüllten Vertrages.

§. 164.

Die Aufhebung eines rechtsgültigen in allen wesentlichen Theilen erfüllten Vertrages ist in jeder Beziehung, also auch was die Form anbelangt, als Schließung eines neuen für sich bestehenden Vertrages anzusehen.

Nach Römischer Ansicht galt dieser Grundsatz schon, wenn ein theilweise erfüllter Vertrag ganz aufgehoben wurde:

quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes (nämlich durch einen neuen Vertrag) inter nos constituantur. l. 58. D. 2. 14.

Das A. L. R. verordnet I. 5.:

§. 390. War der Vertrag in seinen wesentlichen Theilen von beiden Seiten schon erfüllt, so ist dessen durch wechselseitigen Konsens erfolgende Wiederaufhebung für einen neuen Vertrag zu achten;

und das O. G. B.:

§. 920. Nach gänzlicher Erfüllung des Vertrages können die Parteien, auch mit beiderseitiger Einwilligung, nicht mehr davon abgehen, sondern sie müssen einen neuen Vertrag schließen, der als zweites Geschäft angesehen wird.

Die Bemängelung von Koch: diese Bestimmung sei ungenau, weil nicht von einem neuen Vertrage, sondern von einer neuen Verbindlichkeit die Rede sein müsse (II. 456), beruht auf einer verkehrten Anwendung Römischer Ansicht auf das neuere Recht.

B. Durch einen Neuerungsvertrag.

In welcher Weise die Kontrahenten bestehende Verpflichtungen umändern wollen, das hängt lediglich von ihrer willkürlichen Verabredung ab.

Sie können sowohl eine einzelne Verpflichtung ganz oder in wesentlichen oder unwesentlichen Theilen umändern, als sie die gegenseitigen Verpflichtungen umändern können.

Ein wesentlicher Unterschied aber liegt darin, daß die Kontrahenten entweder eine bestimmte bestehende Verpflichtung umändern (Novation), oder daß sie einen zwischen ihnen bestehenden ungewissen Rechtszustand in einen gewissen bestimmten rechtlichen Zustand umwandeln (Vergleich).

Im ersteren Falle werden wirklich bestehende Forderungen in andere Forderungen umgewandelt, in letzterem Falle werden mögliche Ansprüche in eine bestimmte rechtliche Beziehung verwandelt.

In beiden Fällen wird der frühere Rechtszustand aufgehoben.

1. Novation.

Soweit durch den Vertrag nur unwesentliche Punkte einer Verpflichtung abgeändert werden, fällt die Verabredung unter den Gesichtspunkt einer Nebenabrede.

Nur wenn eine Verpflichtung in einem wesentlichen Punkte umgeändert wird, liegt eine Novation vor.

Welche Punkte einer Verpflichtung wesentlich sind, darüber entscheidet die Beschaffenheit der Verpflichtung.

Eine Novation kann ebenso bezüglich einer einzelnen Verpflichtung vorkommen, als bezüglich der gegenseitigen aus einem entgeltlichen Vertrage entsprungenen Verpflichtungen.

§. 165.

Novation ist ein Vertrag, wodurch ein Rechtsverhältniß in der Art umgeändert wird, daß das alte Rechtsverhältniß in einem wesentlichen Punkte aufgehoben und ein anderes Rechtsverhältniß an dessen Stelle gesetzt wird.

Daher sagt das Römische Recht:

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem vel naturalem, transfusio atque translatio, hoc est, cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur. l. 1. pr. D. 46. 2.

Der Vertrag mußte nach Römischem Recht eine Stipulation sein:

novari verbis potest. l. 1. §. 1. l. c.

novari potest, et transire in verborum obligationem. l. 2. l. c.

Außer dem Falle der Novation wird auch der Fall erwähnt, wenn die aus einem entgeltlichen Vertrage entspringenden Verpflichtungen in einem wesentlichen Punkte abgeändert werden:

si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione; atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. l. 2. D. 18. 5.

si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priori contractu et nova emptio intercessisse videtur. l. 72. pr. D. 18. 1.

Auch die Umwandlung eines Konsensualvertrages in einen Realkontrakt wird erwähnt. Es wird zwar im Allgemeinen als etwas Unzulässiges bezeichnet:

ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse. l. 34. pr. D. 17. 1.

Es wird aber zugleich angegeben, daß:

quamvis meos nummos non acceperis,

doch durch eine fingirte traditio die obligatio aus einem Konsensualvertrage in eine obligatio aus einem Realvertrage umgewandelt werden kann:

ut, cum ex causa mandati pecuniam mihi debebas, et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia, et a me ad te profecta. l. 15. D. 12. 1.

Koch hat also Unrecht, wenn er meint:

in einen Realkontrakt kann eine bereits bestehende Obligation niemals durch Verabredung verwandelt werden. (Uebergang der Forderungsrechte. 290.)

Ebenso kann ein bestimmter Realkontrakt durch Vertrag in einen bestimmten andern Realkontrakt verwandelt werden:

si pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, credita fiat, quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt. l. 34. pr. D. 17. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 16.:

450. Rechte und Verbindlichkeiten können auch nach ihrem Entstehen mit Einwilligung der Interessenten umgeändert werden.

§. 454. Wird aber eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt, so erlöscht diese letztere durch Umschaffung. (Novation.)

Das O. G. B.:

§. 1375. Es hängt von dem Willen des Gläubigers und des Schuldners ab, ihre gegenseitigen willkürlichen Rechte und Verbindlichkeiten umzuändern.

§. 1376. Die Umänderung ohne Hinzukunft einer dritten Person findet statt, wenn der Rechtsgrund oder wenn der Hauptgegenstand einer Forderung verwechselt wird, folglich die alte Verbindlichkeit in eine neue übergeht.

§. 1377. Eine solche Umänderung heißt Neuerungsvertrag (Novation). Vermöge dieses Vertrages hört die vorige Hauptverbindlichkeit auf und die neue nimmt zugleich ihren Anfang.

Der Code Napoléon:

Art. 1271. La novation s'opère . . . lorsque le débiteur contracte envers son créancier une nouvelle dette, qui est substituée à l'ancienne, laquelle est éteinte.

§. 166.

Wenn aus dem Vertrage nicht zu entnehmen ist, ob das alte Rechtsverhältniß durch das neue aufgehoben sein soll, so ist eine Novation nur anzuneh-

men, wenn entweder das alte Rechtsverhältniß neben dem neuen nicht bestehen oder die Absicht zu noviren dargethan werden kann.

Daher sagt das Römische Recht:

dummodo sciamus, novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio; caeterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes. l. 2. D. 46. 2.

si modo id actum sit, ut novetur. l. 8. §. 2. l. c.

si novandi animo stipulatio facta est. l. 28. l. c.

voluntate novationis. l. 3. C. 8. 42.

Justinian forderte ausdrückliche Erklärung:

et generaliter definimus, voluntate solum esse non lege novandum, et si non verbis exprimatur, ut sine novatione (quod solito vocabulo ἄνευ καινότητος Graeci dicunt) causa procedat; hoc enim naturalibus inesse rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. l. 8. l. c.

d. h.:

tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, quod propter novationem prioris obligationis convenerunt. §. 3. J. 3. 30.

Das A. L. R. erfordert, daß:

eine neue Verbindlichkeit ausdrücklich an die Stelle der vorigen gesetzt wird. § 454. 1. 16.

bestimmt aber außerdem:

§. 455. Ist die neue Verbindlichkeit so beschaffen, daß die vorige Verbindlichkeit mit ihr zugleich nicht bestehen kann, so erlöscht die vorige, wenn auch eine ausdrückliche Aufhebung derselben nicht erfolgt wäre.

Das O. G. B. sagt:

Im Zweifel wird die alte Verbindlichkeit nicht für aufgelöst gehalten, so lange sie mit der neuen noch wohl bestehen kann. §. 1379.

Der Code Napoléon:

Art. 1273. La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte.

§. 167.

Die Ausstellung einer neuen Urkunde über eine bereits vorhandene Schuld bewirkt keine Novation der Schuld.

Daher sagt das A. L. R. I. 16.:

§. 452. Durch die bloße Ausstellung neuer Urkunden über eine schon vorhandene Schuld wird in der Natur derselben nichts geändert,

und speziell I. 11.:

§. 866. Jede rückständige Zahlung muß nach der Natur des Geschäfts, aus welchem die Verbindlichkeit dazu entstanden ist, beurtheilt werden.

und das O. G. B.:

Die bloße Ausstellung eines neuen Schuldscheins oder einer anderen dahin gehörigen Urkunde, §. 1379,

ist nicht als Neuerungsvertrag anzusehen.

Es ist also auch ein ganz verkehrtes Verfahren, wenn die Thatsache:

daß, wenn ein gegenseitiger Vertrag von der einen Seite erfüllt ist, nur noch die andere Seite die Verpflichtung hat, zu erfüllen,

in der Art gedeutet wird, daß:

nunmehr ein einseitiger Vertrag bestehe,

und es sich also um Umwandlung eines zweiseitigen Vertrages in einen einseitigen handle, indem gesagt wird:

Es ist auch klar, daß diese Verwandlung eines ursprünglichen zweiseitigen Vertrages in einen einseitigen so oft eintreten muß, als in Folge zweiseitigen Vertrages von der einen Seite die vertragsmäßige Entäußerung wirklich geschehen ist, weil nunmehr nur noch die andere Seite verpflichtet ist. Goeschel, Zerstreute Blätter. pag. 384.

2. Vergleich.

Auch der Vergleich kann unwesentliche oder wesentliche Punkte eines rechtlichen Verhältnisses feststellen. Er kann sich nur auf die Forderungen oder Ansprüche einer Person gegen die andere Person beziehen oder die gegenseitigen Forderungen oder Ansprüche betreffen. Es wird jedoch hierauf kein Unterschied gegründet, der Vergleich kommt vielmehr nur nach dem allgemeinen Gesichtspunkt in Betracht, daß er einen in irgend einer Beziehung ungewissen Rechtszustand in einen gewissen, bestimmten Rechtszustand umändert.

§. 168.

Vergleich ist ein Vertrag, welchen die Kontrahenten zu dem Zwecke schließen, um einen streitigen oder

ungewissen Rechtszustand durch Aufhebung der möglichen Rechte in ein unstreitiges und gewisses Rechtsverhältniß umzuwandeln.

Das Römische Recht sagt daher:

qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. l. 1. D. 2. 15.

de dubia lite transactio. l. 12. C. 2. 4.

Es war nicht nöthig, daß ein wirklicher Rechtsstreit vorlag, vielmehr konnte der Vergleich auch geschlossen werden, um einen Rechtsstreit zu vermeiden:

propter timorem litis. l. 2. C. 2. 4.

Dagegen mußte:

1) irgend etwas Zweifelhaftes im Rechtszustande vorliegen.

Es war also kein Vergleich möglich, wenn der Rechtszustand durch Urtheil rechtskräftig festgestellt war:

super judicato frustra transigi. l. 32. C. 2. 4.

ausgenommen:

si negetur judicatum esse, vel ignorari potest, an judicatum sit, quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest. l. 11. D. 2. 15.

Ebenso war kein Vergleich vorhanden, wenn ein unstreitiges Recht aufgegeben wurde:

qui vero paciscitur donationis causa, rem certam et indubitatam liberalitate remittit. l. 1. D. 2. 15.

id, quod indubitate deberi posset, remissum sit l. 12. C. 2. 4.

2) Es mußten nicht bloß Verpflichtungen aufgehoben, sondern irgend ein Recht festgestellt werden:

transactionis causa dari aut retineri. l. 21. C. 2. 4.

transactio nullo dato vel retento seu promisso minime procedit. l. 38. D. 2. 4. l. 3. C. 6. 31.

Wenn also die aus einem Vertrage entsprungenen Verpflichtungen nur aufgehoben wurden, so lag nur ein dissolvere contrario consensu vor, keine transactio.

3) Es mußte ferner nicht bloß von der einen Seite etwas gefordert und von der andern Seite anerkannt sein.

Denn in diesem Falle lag eine in jure confessio, ein constitutum debiti vor.

Beide Kontrahenten müssen vielmehr darüber einig sein, daß der Rechtszustand zweifelhaft ist, und um ihn festzustellen (transactionis causa l. 21. C. 2. 4.), gegenseitig ihre möglichen Rechte aufgeben, und an Stelle der möglichen Rechte bestimmte, gewisse Rechte feststellen. Nur in diesem Sinne kann gesagt werden:

es müsse von beiden Seiten etwas nachgegeben oder zugesagt werden.

Im Römischen Recht hatte der Vergleich die Wirkungen einer Novation nur, wenn er in Form der Stipulation geschlossen wurde:

Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et perimit. l. 4. D. 2. 15.

Aus einem pactum:

transactum accipere quis potest, non solum si Aquiliana stipulatio fuerit subjecta, sed et si pactum conventum fuerit factum. l. 2. l. c.

entstand keine actio civilis:

ex pacto non potuit nasci actio. l. 28. C. 2. 4.

sondern nur eine exceptio l. 36. 17. l. c. und eine actio praescriptis verbis auf das Interesse:

verum si fides placitis praestita non est, in id, quod interest, diversam partem recte convenieris . . . si omissa verborum obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est. l. 6. l. c.

Dagegen hatte kein Theil das Recht, vom Vergleich zurückzutreten:

quamvis eum, qui pactus est, statim poeniteat, transactio tamen rescindi et lis instaurari non potest. l. 39. l. c.

und das Gegebene zurückzufordern:

non etiam eorum, quae dedisti, repetitio competit. l. 17. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 16.:

§. 405. Vergleiche sind Verträge, durch welche die Parteien die bisher unter ihnen streitig oder zweifelhaft gewesenen Rechte dergestalt bestimmen, daß wechselseitig etwas gegeben oder nachgelassen wird.

namentlich:

§. 408. So lange gegen ein Recht noch Einwendungen stattfinden können, so lange können darüber Vergleiche geschlossen werden.

§. 409. Auch die Art der Erfüllung eines rechtskräftigen Urtheils können die Parteien durch Vergleich näher bestimmen.

§. 410. Außerdem sind Entsagungen eines unstreitigen Rechts, wenn sie auch in der Gestalt eines Vergleiches geschehen, nur nach den Grundsätzen von Entsagung der Rechte zu beurtheilen.

§. 411. Ebenso müssen, wenn die Mängel eines Geschäfts, welche verursachen, daß daraus gar kein Recht entstanden ist, durch nachherige Willenserklärungen gehoben werden sollen, dergleichen Erklärungen, wenn sie auch Vergleiche genannt

werden, dennoch nur nach den Grundsätzen von Anerkenntnissen beurtheilt werden.

Bezüglich der im Prozeß befangenen Ansprüche stellt es zwar das Anerkenntniß des Anspruchs nicht unter den Gesichtspunkt des Vergleichs, wohl aber die Entsagung des Rechts:

§. 395. War über das streitige Recht bereits ein Prozeß anhängig, so ist die auch unentgeltlich geschehene Entsagung desselben nach den Regeln von Vergleichen zu beurtheilen.

Diese Bestimmung erscheint nicht gerechtfertigt. Die einseitige Entsagung eines streitigen Rechts ist Entsagung in gleicher Weise, wie die einseitige Entsagung eines unstreitigen Rechts.

Durch den Vergleich werden bezüglich der Kontrahenten:

die bisher gehabten gegenseitigen Rechte aufgehoben. §§. 426. 427.

Das O. G. B. stellt den Vergleich unter den allgemeinen Gesichtspunkt von Aenderung der Rechte und Verbindlichkeiten. Es sagt:

§. 1380. Ein Neuerungsvertrag, durch welchen streitige oder zweifelhafte Rechte dergestalt bestimmt werden, daß jede Partei sich wechselseitig etwas zu geben, zu thun oder zu unterlassen verbindet, heißt Vergleich.

§. 1381. Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erläßt, macht eine Schenkung. (§. 939.)

Der Code Napoléon sagt:

Art. 2044. La transaction est un contrât, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître.

Der Code Napoléon sieht also nur darauf, ob die Absicht vorhanden ist, einen Rechtsstreit zu beseitigen oder zu verhindern.

Darnach ist auch ein zu diesem Zwecke abgegebenes Anerkenntniß als ein Vergleich anzusehen.

Bezüglich der Wirkung des Vergleiches sagt er:

Art. 2052. Les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

IV. Aufhebung durch Willkür.

Sofern nicht der Vertrag ausdrücklich etwas Anderes bestimmt, hat nach strengem Recht kein Kontrahent das Recht, die durch den Vertrag begründeten Verpflichtungen willkürlich aufzuheben.

Nur aus besonderen Gründen kann ein Kontrahent ein solches Recht beanspruchen.

Diese Gründe können liegen:

1) in dem Inhalt des Vertrages,

2) oder in einem von dem Inhalt des Vertrages unabhängigen Moment.

Aus dem Inhalt des Vertrages folgt das Recht zur Aufhebung der aus dem Vertrage entspringenden Verpflichtungen nur in dem Falle, wenn die Verabredung der Kontrahenten von Haus aus eine derartige ist, daß ein Kontrahent an den Vertrag nur so lange gebunden ist, als er gebunden sein will.

A. Willkürlicher Rücktritt vom Vertrage bei auf Zeit geschlossenen Verträgen.

Wenn durch den Vertrag eine zeitdauernde Verpflichtung begründet wird, so kann die Zeitdauer entweder bestimmt oder unbestimmt sein.

1) Wenn die Zeitdauer bestimmt worden ist, so hat kein Kontrahent das Recht, vor Ablauf der bestimmten Zeit die Verpflichtung aufzuheben.

Im wirklichen Recht tritt jedoch folgende Ausnahme hervor:

Wenn der Vertrag zwar eine Fristbestimmung enthält, aus den Umständen aber sich ergiebt, daß die Frist nicht im beiderseitigen Interesse, sondern nur im Interesse des Berechtigten bestimmt worden ist, so wird als stillschweigend verabredet angenommen, daß der Berechtigte das Recht hat, auch noch vor Ablauf der bestimmten Frist den Vertrag aufzuheben. Soll er also dies Recht nicht haben, so muß ausdrücklich das Gegentheil verabredet worden sein.

Eine solche stillschweigende Verabredung kann nur im Falle eines einseitig verpflichtenden Vertrages angenommen werden. Denn ein gegenseitig verpflichtender Vertrag wird im Interesse beider Kontrahenten geschlossen. Es ist daher auch anzunehmen, daß die Dauer des Vertrages im beiderseitigen Interesse bestimmt worden ist. Von den auf bestimmte Zeit geschlossenen einseitig verpflichtenden Verträgen wird der Verwahrungsvertrag nur im Interesse des in Verwahrung Gebenden, und der Leihvertrag nur im Interesse des Leihenden geschlossen. Deshalb hat der in Verwahrung Gebende das Recht, die Sache noch vor Ablauf der bestimmten Zeit zurückzufordern, und der Leiher das Recht, die geliehene Sache noch vor Ablauf der Frist zurückzugeben. Will also der Verwahrende oder der Verleihende, daß diese aus der Natur des Vertrages folgende stillschweigende Verabredung nicht gelte, so müssen sie ausdrücklich das Gegentheil verabreden.

2) Wenn die Zeitdauer unbestimmt geblieben und auch aus den Umständen nicht eine bestimmte Frist zu entnehmen ist, so hat jeder Kontrahent das Recht, den Vertrag für die Zukunft willkürlich aufzuheben, zu kündigen.

Im gegenseitigen Interesse werden jedoch im wirklichen Recht bestimmte Kündigungsfristen festgestellt.

Unter diesen Gesichtspunkt fällt die Kündigung
1) der Pacht- und Miethverträge,
2) des Darlehnsvertrages,
3) des Vollmachtsvertrages,
4) des Vertrages über Handlungen,
5) des Gesellschaftsvertrages (vergl. §. 367.),
sofern diese Verträge auf unbestimmte Zeit geschlossen werden.

1. Vor der verabredeten Zeit.

a. Der Niederleger.

§. 169.

Der Niederleger kann die niedergelegte Sache zu jeder Zeit zurückfordern, auch wenn eine Zeit zur Rückgabe bestimmt ist, sofern nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet worden ist.

Das Römische Recht sagt:

eum, qui rem deposuit, statim posse depositi actione agere. l. 1. §. 22. D. 16. 3.

und:

Si deposuero apud te, ut post mortem tuam reddas, et tecum, et cum haerede tuo possum depositi agere; possum enim mutare voluntatem, et ante mortem tuam depositum repetere. l. 1. §. 45. l. c.

Proinde et si sic deposuero, ut post mortem meam reddatur, potero et ego, et haeres meus agere depositi, (ego) mutata voluntate. l. 1. §. 46. l. c.

Die Weigerung zurückzugeben wurde als dolus angesehen:

hoc enim ipso dolo facere eum, qui suscepit, quod reposcenti rem non reddat. l. 1. §. 22. l. c.

Natürlich galt es nicht als dolus, wenn der Depositar verhindert war, sofort zurückzugeben:

Marcellus autem ait, non semper videri posse dolo facere eum, qui reposcenti non reddat; quid enim, si in provincia res sit, vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non sit facultas. eod. l. c.

Das A. L. R. stellt angemessener Weise nur eine Interpretationsregel auf. Es verordnet I. 14.:

§. 54. Der Niederleger kann die bloß in Verwahrung gegebene Sache von dem Uebernehmer zu allen Zeiten zurückfordern.

§. 55. Eine im Kontrakt enthaltene Zeitbestimmung wird,

wenn nicht ein Anderes ausdrücklich verabredet ist, bloß zu Gunsten des Niederlegers beigefügt zu sein geachtet.

Da das A. L. R. auch den entgeltlichen Verwahrungsvertrag unter den Begriff des Verwahrungsvertrages stellt, so ist diese Bestimmung auch auf den entgeltlichen Verwahrungsvertrag anzuwenden. Welche Folgen aber die Rücknahme der Sache bezüglich des versprochenen Entgelts hat, ist nicht gesagt.

Angemessener Weise müssen die allgemeinen Grundsätze über entgeltliche Verträge zur Anwendung kommen.

Das O. G. B. sagt:

§. 962. Der Verwahrer muß dem Hinterleger auf Verlangen die Sache auch noch vor Ablauf der Zeit zurückstellen und kann nur den Ersatz des ihm etwa verursachten Schadens begehren.

Bezüglich des entgeltlichen Verwahrungsvertrages gilt das oben Bemerkte.

Der Code Napoléon:

Art. 1944. Le dépôt doit être remis au déposant aussitôt qu'il le réclame, lors même que le contrât aurait fixé un délai déterminé pour la restitution.

Bezüglich des Entgelts gilt das ebenfalls schon Bemerkte.

b. Der Leiher.

§. 170.

Der Leiher ist berechtigt, die geliehene Sache vor Ablauf der bestimmten Zeit zurückzugeben, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich verabredet ist.

Das Römische Recht enthält keine ausdrückliche Bestimmung, es kommt der bezüglich der Stipulationen ausgesprochene Grundsatz analog zur Anwendung,

daß eine Zeitbestimmung nur zu Gunsten des Verpflichteten (hier des zur Rückgabe Verpflichteten) auszulegen.

Das A. L. R. stellt wiederum angemessener Weise nur eine Interpretationsregel auf. Es sagt 1. 21.:

§. 245. Der Leiher ist die geliehene Sache zu allen Zeiten, auch noch vor Ablauf der verabredeten Frist und vor beendigtem Gebrauche, zurückzugeben berechtigt, wenn nicht klar erhellet, daß die Zeitbestimmung lediglich zu Gunsten des Verleihers beigefügt sei.

Das O. G. B. sagt:

§. 977. Der Entlehner ist zwar in der Regel berechtigt, die entlehnte Sache auch vor der bestimmten Zeit zurückzuge-

ben; fällt aber die frühere Zurückgabe dem Verleiher beschwerlich, so kann sie wider seinen Willen nicht stattfinden.

Der Code Napoléon enthält keine spezielle Bestimmung. Es kommt der allgemeine Grundsatz in Anwendung:

Art. 1187. Le terme est toujours présumé stipulé en faveur du débiteur, à moins qu'il ne résulte de la stipulation ou des circonstances, qu'il à été aussi convenu en faveur du créancier.

2. Bei Verträgen auf Kündigung.

a. Pacht und Miethe.

§. 171.

Von einem auf unbestimmte Zeit geschlossenen Pacht- und Miethvertrage kann jeder Kontrahent mit Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist zu jeder Zeit zurücktreten.

Das Römische Recht enthält keine bezügliche Bestimmung.

Das A. L. R. verordnet 1. 21.:

§. 340. Ist im Kontrakte die Dauer der Pacht oder Miethzeit gar nicht bestimmt, so muß derjenige, welcher vom Kontrakte wieder abgehen will, dem Andern davon zur gehörigen Zeit Anzeige machen.

Die Frist zur Kündigung wird bestimmt zunächst durch den Vertrag, demnächst durch Provinzial- oder statutarische Gesetze, oder endlich durch das Gesetz. §. 342. ff.

Demnächst wird noch verordnet:

a) Wenn jedoch im Kontrakte zwar keine Dauer bestimmt, aber doch der Betrag der Miethe nach einem gewissen Zeitraume, z. B. monatlich, jährlich u. s. w., abgemessen worden, so kann der Verpächter oder Vermiether durch eine frühere Aufkündigung den Miether oder Pächter in dem Laufe eines solchen Zeitraums, z. B. in dem Laufe des Monats oder Jahres, seines Besitzes nicht entsetzen. §. 341.

Ob der Pächter oder Miether im Laufe eines solchen Zeitraums vom Vertrage abgehen könne, ist nicht gesagt. Man wird annehmen müssen, daß auch der Miether oder Pächter das Pachtgeld bis zum Ablauf des Zeitraums zahlen muß, also nicht während des Zeitraums abgehen und das Pacht- resp. Miethgeld nur bis zum Abgange zahlen darf.

b) Wenn aus den Umständen und der bekannten Absicht des Miethers deutlich erhellet, daß der Miether den Gebrauch der

gemietheten beweglichen oder unbeweglichen Sache nur auf so lange, bis diese hinlänglich bestimmte Absicht erreicht sein würde, habe übernehmen wollen, so kann er sofort, nach Erreichung dieser Absicht, die Sache ohne alle Aufkündigung zurückgeben. §. 346.

Zur Bezahlung des Zinses ist er alsdann nur nach Verhältniß der Zeit, da er die Sache wirklich gebraucht hat, verpflichtet. §. 347.

Das O. G. B. verordnet:

§. 1116. Insofern die Dauer eines Bestandvertrages weder ausdrücklich, noch stillschweigend, noch durch besondere Vorschriften bestimmt ist, muß derjenige, welcher den Vertrag aufheben will, dem Andern die Pachtung 6 Monate, die Miethung einer unbeweglichen Sache 14 Tage, und einer beweglichen 24 Stunden vorher aufkündigen, als die Abtretung erfolgen soll.

Ob die Abtretung auch im Laufe eines bestimmten Zeitraums oder nur mit dem Ablaufe eines bestimmten Zeitraums erfolgen darf, sagt das O. G. B. nicht.

Der Code Napoléon enthält nur die Bestimmung:

Art. 1736. Si le bail a été fait sans écrit, l'une des parties ne pourra donner congé à l'autre, qu'en observant les délais fixés par l'usage des lieux.

Man wird diese Bestimmung auch anwenden müssen, wenn der Vertrag zwar schriftlich errichtet ist, aber weder eine bestimmte Zeit der Dauer ergiebt, noch eine Bestimmung bezüglich der Kündigung enthält.

b. Bei Darlehen.

§. 172.

Ein auf unbestimmte Zeit gegebenes Darlehn kann zu jeder Zeit, unter Beachtung der gesetzlichen Kündigungsfrist, zurückgefordert werden.

Das Römische Recht enthält keine Bestimmung bezüglich der Kündigungsfrist; dagegen kommt dem Schuldner der Grundsatz zu statten:

debitoribus non tantum petentibus dies ad solvendum dandi sunt, sed et prorogandi, si res exigat . . tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur. l. 31. D. 42. 1.

Das A. L. R. verordnet I. 11.:

§. 761. Ist keine Zeit zur Rückzahlung gültiger Weise be-

stimmt, so steht beiden Theilen eine dreimonatliche Aufkündigung frei.

§. 762. Beträgt aber das Darlehn nur funfzig Thaler oder weniger, so findet eine vierwöchentliche Aufkündigung statt.

Das O. G. B. enthält bezüglich des Darlehns keine Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz, wonach,

wenn die Zahlungsfrist auf keine Art bestimmt ist, die Verbindlichkeit, die Schuld zu zahlen, mit dem Tage eintritt, an welchem die Einmahnung geschehen ist. §. 1417.

Die Einmahnung kann

sogleich, nämlich ohne unnöthigen Aufschub. §. 904.

erfolgen.

Der Code Napoléon verordnet:

S'il n'a pas été fixé de terme pour la restitution, le juge peut accorder à l'emprunteur un délai suivant les circonstances. Art. 1900.

Alle vorstehenden Bestimmungen gelten auch, wenn das Darlehn gegen Zinsen gegeben ist.

c. Bei Vollmacht.

§. 173.

Der Machtgeber hat das Recht, den Auftrag für die Zukunft zu widerrufen.

Daher sagt das Römische Recht:

Recte quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit. §. 9. J. 3. 27.

extinctum est mandatum finita voluntate. l. 12. §. 16. D. 17. 1.

Bis zum Augenblick des erfahrenen Widerrufs:

antequam scias, me vetuisse.

bleibt nämlich das Mandat bestehen:

mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum. l. 15. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 13.:

§. 159. In der Regel ist sowohl der Machtgeber seinen Auftrag zu widerrufen, als der Bevollmächtigte die Ausführung des übernommenen Geschäfts dem Machtgeber aufzukündigen berechtigt.

Das O. G. B.:

§. 1020. Es steht dem Machtgeber frei, die Vollmacht nach Belieben zu widerrufen.

Der Code Napoléon:

Le mandat finit par la révocation du mandataire. Art. 2003.

Le mandant peut révoquer sa procuration. Art. 2004.

Im Falle eines Widerrufs muß der Mandatar die gezahlten Auslagen vergütet erhalten und gegen Schaden geschützt werden.

Daher sagt das Römische Recht:

Impendia, mandati exsequendi gratia facta, si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent. l. 27. §. 4. D. 17. 1.

und:

mandati tibi obligatus ero, ne damno afficiatur is, qui suscipit mandatum. l. 15. D. l. c.

Das A. L. R. sagt dem entsprechend:

Der Machtgeber ist verbunden, dem Bevollmächtigten nicht nur wegen des gemachten Aufwandes, sondern auch wegen des dabei auf andere Art erlittenen wirklichen Schadens gerecht zu werden. §. 163. I. 13.

und das O. G. B.:

Doch muß er dem Gewalthaber nicht nur die in der Zwischenzeit gehabten Kosten und den sonst erlittenen Schaden ersetzen. §. 1020.

Bezüglich des bedungenen Lohnes enthält nur das O. G. B. eine bezügliche Bestimmung, indem es fortfährt:

sondern auch einen der Bemühung angemessenen Theil der Belohnung. §. 1020.

§. 174.

Der Bevollmächtigte hat das Recht, den Auftrag zu kündigen. Er bleibt jedoch so lange verpflichtet, bis der Machtgeber anderweit für Ausführung des Geschäfts sorgen kann.

Das Römische Recht sagt zunächst, der Mandatar sei verpflichtet, den Auftrag auszuführen:

sicut autem liberum est, mandatum non suscipere, ita susceptum consummari oportet. l. 22. §. 11. D. 17. 1. §. 11. J. 3. 27.

und noch bestimmter:

qui mandatum suscepit, si potest id explere, deserere promissum officium non debet. l. 27. §. 2. D. 17. 1.

und für letzteren Fall:

si vero intelligit, explere se id officium non posse.

wird ihm die Verpflichtung auferlegt:

id ipsum, cum primum poterit, debet mandatori nun-

tiare, ut is, si velit, alterius opera utatur. l. 27. §. 2. D. 17. 1.

Andererseits aber wird dem Mandatar unbedingt das Recht der Kündigung beigelegt:

susceptum (officium) consummari oportet, nisi renuntiatum sit. l. 22. §. 11. l. c.

consummandum est, aut quamprimum renuntiandum. §. 11. J. 3. 27.

und nur die Beschränkung wird beigefügt:

renuntiari autem ita potest, ut integrum jus mandatori reservetur, vel per se, vel per alium eandem rem commode explicandi (ut per semetipsum aut per alium eandem rem mandator exequatur . . ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi §. 11. J. 3. 27.), aut si redundet in eum captio, qui suscepit mandatum. l. 22. §. 11. D. 17. 1.

Liegt einer der beiden Fälle vor, so hat der Mandatar nichts zu vertreten.

Liegt keiner der beiden Fälle vor, so bleibt der Mandatar wegen Nichtausführung des Auftrages verantwortlich:

nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet, nisi justa causa intercesserit, intempestive renuntiandi. §. 11. J. 3. 27.

Das A. L. R. sagt I. 13.:

§. 159. In der Regel ist . . der Bevollmächtigte die Ausführung des übernommenen Geschäfts dem Machtgeber aufzukündigen berechtigt.

Demnächst verordnet es aber auch noch bezüglich der Verpflichtung des Bevollmächtigten:

§. 172. Der Bevollmächtigte, welcher die ihm übertragene Vollmacht aufkündigt, ist schuldig, die angefangenen Geschäfte entweder selbst oder durch seinen Substituten so lange fortzusetzen, bis der Machtgeber dazu andere Vorkehrungen treffen kann.

namentlich aber:

§. 176. Hat der Auftrag ein gerichtliches Geschäft betroffen, so muß der Bevollmächtigte, welcher denselben aufkündigt, zu gleicher Zeit dem Richter davon Anzeige machen.

§. 177. Der Richter muß alsdann, mit Rücksicht auf die obwaltenden Umstände, eine Zeit bestimmen, während welcher der Bevollmächtigte das Geschäft noch fortzusetzen schuldig sein soll, und den Machtgeber davon benachrichtigen.

Frei von seiner Verpflichtung wird der Bevollmächtigte:

von dem Zeitpunkte an, wo der Machtgeber, auch nur aus mäßigem Versehen, eine Saumseligkeit in Treffung anderweitiger Vorkehrungen begangen hat. §. 174.

resp. bei gerichtlichen Geschäften nach Ablauf des vom Richter bestimmten Zeitraums. §. 178.

Auch in außergerichtlichen Angelegenheiten kann der Bevollmächtigte gerichtlich kündigen §. 179, und dabei gilt der Grundsatz:

§. 180. Ist dem Machtgeber dabei nach dem Antrage des Bevollmächtigten eine gewisse Frist zur Treffung anderweitiger Vorkehrungen bestimmt worden, so hat der Machtgeber, wenn diese Frist fruchtlos verstrichen ist, die Vermuthung eines schuldbaren Verzugs wider sich.

Daß der Bevollmächtigte im Falle einer von seiner Seite ausgehenden Kündigung keinen Anspruch auf den bedungenen Lohn hat, ist anzunehmen. Welche Ansprüche er wegen gehabter Auslagen und Mühen hat, ist nicht gesagt.

Das O. G. B. verordnet:

§. 1021. Auch der Machtgeber kann die angenommene Vollmacht aufkünden. Wenn er sie aber vor Vollendung des ihm insbesondere aufgetragenen oder vermöge der allgemeinen Vollmacht angefangenen Geschäfts aufkündigt, so muß er, dafern nicht ein unvorgesehenes und unvermeidliches Hinderniß eingetreten ist, allen daraus entstandenen Schaden ersetzen.

Auf den versprochenen Lohn hat er also jedenfalls keinen Anspruch; wie es wegen Vergütung der Mühen und Auslagen zu halten, ist nicht gesagt.

Der Code Napoléon bestimmt:

Le mandat finit par la révocation du mandataire, par la renonciation de celui-ci au mandat. Art. 2003.

Art. 2007. Le mandataire peut renoncer au mandat, en notifiant au mandant sa renonciation.

Néanmoins, si cette renonciation préjudicie au mandant, il devra en être indemnisé par le mandataire, à moins que celui-ci ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable.

d. Bei Verträgen über Handlungen.

§. 175.

Wenn für Dienstleistungen, welche ihrer Dauer oder ihrem Umfange nach unbestimmt sind, der Lohn

nach einem bestimmten Maaße des zu Leistenden bestimmt ist, so kann jeder Theil nach Verlauf eines so bestimmten Abschnittes von dem Vertrage abgehen.

Es folgt dies daraus, daß eine Verpflichtung zur Fortsetzung einer ganzen Arbeit nicht besteht, sondern nur zur Leistung eines bestimmten Maaßes der Arbeit.

Das A. L. R. sagt daher I. 11.:

§. 905. Wenn die Zeit, wie lange der Vertrag dauern soll, weder in sich, noch in Beziehung auf die Vollendung einer gewissen Arbeit, bestimmt ist, so ist bei gemeinen Handarbeitern der Vertrag nur auf einen Tag für geschlossen zu achten, und es kann also jeder Theil mit dem Verlaufe jeden Tages davon wieder abgehen.

§. 906. Ein Gleiches findet statt, wenn auch die Bezahlung der Arbeiter nicht nach dem Tagelohn, sondern nach Klaftern, Ruthen oder einem anderen Maaße bedungen worden; sobald nur erhellet, daß nicht das Werk selbst verdungen, sondern die Bestimmung des Maaßes bloß der näheren Bezeichnung wegen beigefügt worden.

d. h. nicht mit Ablauf des Tages, sondern nach Beendigung des gestellten Maaßes der Arbeit kann abgegangen werden.

Den Gegensatz bildet der Fall:

locavi opus faciendum ita, ut pro opere redemptori certam mercedem in dies singulos darem. l. 51. §. 1. D. 19. 2.

Wenn der Arbeiter auf eine in sich oder durch Bezug auf die Vollendung eines gewissen Werkes bestimmte Zeit gedungen worden. A. L. R. § 907. I. 11.

Wenn der Arbeiter auf eine bestimmte Zeit oder bis zur Vollendung eines gewissen Werkes bestellet worden. O. G. B. §. 1160.

S'il s'agit d'un ouvrage à plusieurs pièces ou à la mesure. Art. 1791.

B. Aufhebung des Vertrages aus besonderen Gründen.

Ein rechtsgültiger Vertrag kann nach Grundsätzen des strengen Rechts nicht einseitig aufgehoben werden.

Im wirklichen Recht kann jedoch auch ein an sich rechtsgültiger Vertrag aus besonderen Gründen durch einseitige Willkür aufgehoben werden, und zwar:

1) aus Gründen, welche den Vertrag selbst betreffen;
2) wegen veränderter Umstände.

1. Aus Gründen, welche den Vertrag selbst betreffen.

Es kann

a) ein Vertrag angefochten werden wegen Mangels bei der Zustimmung zum Vertrage;

b) ein Vertrag aufgehoben werden wegen mangelhafter Erfüllung.

a. Anfechtung des Vertrages wegen Mangels bei der Zustimmung zum Vertrage.

Nach strengem Recht gilt der erklärte Willen, es ist daher ohne Einfluß, ob Jemand durch Zwang, Betrug oder Irrthum zur Zustimmung zum Vertrage veranlaßt wurde.

In Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips wird das Recht gegeben, einen Vertrag wegen Zwanges, Betruges und Irrthums anzufechten.

Von diesem Gesichtspunkt aus wird im Römischen Recht gesagt:

Saepe enim accidit, uti ea licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promisisti, quod non debueras promittere, palam est, jure civili te obligatum esse, et actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est. Sed iniquum est, te condemnari; ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandam actionem. pr. §. 1. J. 4. 13.

α. Wegen Zwanges.

§. 176.

Wer durch Gewalt oder gefährliche Drohungen zum Abschluß eines Vertrages gezwungen wird, hat das Recht, Aufhebung des Vertrages zu fordern.

Im Römischen Recht verordnete der Prätor von dem Grundsatz ausgehend:

nihil consensui tam contrarium est, qui bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus, quem comprobare contra bonos mores est. l. 116. pr. D. 50. 17.

quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim dicebatur: quod vi metusve causa. Sed postea detracta est vis mentio (ideo) quia, quodcunque vi atroci fit, id metu quoque fieri videbatur. l. 1. D. 4. 2.

Unter vis wurde nur wirklich zwingende Gewalt verstanden:

necessitas imposita contraria voluntati. eod. l. c.

sed vim accipimus atrocem. l. 3. §. 1. l. c.

vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest. l. 2. D. 4. 2.

si quis vi compulsus aliquid fecit. l. 3. pr. l. c.

Metus ist:

instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio. l. 1. l. c.

und zwar gegründet auf eine wirklich drohende, d. h. angedrohte Gefahr:

metum sibi illatum. l. 14. §. 3. l. c.

id est, si illatus est timor ab aliquo. l. 9. pr. l. c.

metu coactus. l. 10. §. 1. l. c.

metum autem praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus. l. 9. pr. l. c.

cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. l. 21. pr. l. c.

Die Drohung muß eine gefährliche sein:

metum accipiendum Labeo dicit non quemlibet timorem, sed majoris malitatis. l. 5. l. c.

metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus. l. 6. l. c.

also nicht:

alicujus vexationis timor, . . si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit. l. 7. pr. l. c.

metum non jactantibus tantum vel contestationibus, sed atrocitate facti probari convenit. l. 9. C. 2. 20.

Die Beispiele zeigen, daß nur Bedrohungen mit sehr erheblichen Uebeln als gefährliche Drohungen galten:

mors, vincula, servitus, carcer, stuprum, cruciatus corporis, capitales minae, verbera. l. 3. §. 1. l. 4. l. 8. §. 2. l. 22. D. 4. 2. l. 7. C. 2. 20.

Gleichgültig aber ist:

(nihil interest) in se quis veritus sit, an in liberis suis. l. 8. §. 3. D. 4. 2.

Das A. L. R. unterscheidet I. 4.:

1) Gewalt:

§. 31. Aeußerungen des Willens, wozu Jemand durch physische Gewalt genöthigt worden, haben keine verbindliche Kraft.

§. 32. Ein Gleiches gilt von solchen Willenserklärungen, wozu Jemand durch Entziehung der Nahrungs- und Heilmittel oder durch Zufügung körperlicher Schmerzen vermocht worden.

2) Gefährliche Drohungen.

Es werden unterschieden:

§. 33. Auch gefährliche Bedrohungen des Lebens der Ge-

sundheit, der Freiheit und Ehre machen jede darauf erfolgende Willensäußerung unkräftig.

Dabei wird gesagt:

§. 34. Drohungen sind gefährlich, wenn die Ausführung derselben entweder an sich oder auch nur nach der Meinung des Bedrohten in der Gewalt des Drohenden steht.

andererseits:

§. 36. Bei Drohungen, welche nicht unmittelbar Leben, Gesundheit, Freiheit oder Ehre betreffen, muß nach der Beschaffenheit des angedrohten Uebels an sich und nach dem Verhältniß desselben zu dem Gegenstande der Erklärung von dem Richter vernünftig beurtheilt werden: ob dadurch die Willensäußerung wirklich erzwungen worden sei.

§. 37. Auch ist bei Bestimmung des Einflusses der Drohung in den Willen des Bedrohten zugleich auf dessen Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit Rücksicht zu nehmen.

Ist ein Vertrag nicht erzwungen, sondern nur durch Furcht vor einer Gefahr veranlaßt, so fällt der Fall unter einen anderen Gesichtspunkt. §§. 43. 44. 1. 4.

Das O. G. B. sagt:

§. 870. Wer von dem annehmenden Theile durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden. Ob die Furcht gegründet war, muß von dem Richter nach den Umständen beurtheilt werden.

d. h. aus der Größe und Wahrscheinlichkeit der Gefahr und aus der Leibes- und Gemüthsbeschaffenheit der bedrohten Person. §. 55.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1109. Il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été extorqué par violence.

Art. 1112. Il y a violence, lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent.

On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes.

Art. 1113. La violence est une cause de nullité du contrât, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendans ou ses ascendans.

Um den Vertrag zu beseitigen, hatte nach Römischem Recht der Gezwungene sowohl die actio als exceptio quod metus causa:

ut, sive perfecta, sive imperfecta res sit, et actio et exceptio detur. l. 9. §. 3. D. 4. 2.

Ebenso hat nach dem A. L. R. der Gezwungene das Recht:

die Ungültigkeit der Willenserklärung gegen den, welcher sich des Zwanges oder der Gewalt schuldig gemacht hat, gerichtlich auszuführen; oder den Anspruch aus der Willenserklärung abzuwarten. §. 47. 1. 4.

im Falle eines Vertrages ist die Klage gegen den andern Kontrahenten zu richten.

Das O. G. B. sagt:

wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt. §. 877.

Der Code Napoléon:

Art. 1117. La convention contractée par violence n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision.

natürlich auch im Wege des Einwandes.

§. 177.

Es ist gleichgültig, ob der Zwang von dem andern Kontrahenten oder von einer andern Person verübt wird.

Daher sagt das Römische Recht:

Animadvertendum autem, quod praetor hoc edicto generaliter et in rem loquitur, nec adjicit, a quo gestum. l. 9. §. 1. D. 4. 2.

in hac actione non quaeritur, utrum is, qui convenitur, an alius metum fecit; sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim. l. 14. §. 3. l. c.

non interest, a quo vis adhibita sit, utrum ab emptore an vero sciente emptore ob alio, ut vi metuve possessionem vendere cogerentur. l. 5. C. 2. 20.

Das A. L. R. 1. 4.:

§. 42. Erzwungene Willenserklärungen sind auch alsdann ungültig, wenn die Gewalt oder der Zwang nicht von dem, zu dessen Vortheil die Erklärung gereichen soll, sondern von einem Dritten verübt worden.

Der Code Napoléon:

Art. 1111. La violence exercée contre celui, qui a contracté l'obligation, est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite.

Nur das O. G. B. enthält eine abweichende Bestimmung. Es sagt:

§. 875. Ist der versprechende Theil von einem Dritten durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen, so ist der Vertrag gültig.

Nur in dem Falle, daß der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm, oder dieselbe offenbar wissen mußte, ist er ebenso nach den §§. 870—874 zu behandeln, als wenn er selbst den andern Theil in Furcht gesetzt hätte.

Diese Bestimmung läßt sich nicht rechtfertigen. Zwang giebt ein Recht zur Aufhebung des Vertrages. Nur bei der Entschädigungsfrage ist es von Erheblichkeit, ob der andere Kontrahent mit betheiligt ist.

§. 178.

Der Vorwand, daß Scheu und Ehrfurcht die Willenserklärung erzwungen habe, kann nicht berücksichtigt werden.

Daher sagt das Römische Recht:

Ad invidiam alicui nocere nullam dignitatem oportet. Unde intelligis, quod ad metum arguendum, per quem dicis initum esse contractum, senatoria dignitas adversarii tui sola non est idonea. l. 6. C. 2. 20.

Das A. L. R. 1. 4.:

§. 41. Der Vorwand, daß Scheu oder Ehrfurcht die Willenserklärung veranlaßt habe, verdient keine Rücksicht.

Der Code Napoléon:

Art. 1114. La seule crainte révérentielle envers le père, la mère, ou autre ascendant, sans qu'il y ait eu de violence exercée, ne suffit point pour annuler le contrât.

§. 179.

Rechtmäßige Gewalt und rechtmäßige Drohung giebt kein Recht zur Anfechtung des Vertrages.

Daher sagt das Römische Recht:

Sed vim accipimus eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus (recte) intulit, scilicet jure licito et jure honoris, quem sustinet. Caeterum, si

per injuriam quid fecit populi Romani magistratus, vel provinciae praeses, Pomponius scribit, hoc edictum locum habere. l. 3. §. 1. D. 4. 2.

Nec timorem infamiae hoc edicto contineri Pedius dicit libro septimo, neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui. l. 7. pr. l. c.

Accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum est desiderium. l. 10. C. 2. 20.

Das A. L. R. I. 4.:

§. 38. Die Drohung, sich seines Rechts gesetzmäßig zu bedienen, kann niemals als Zwang angesehen werden.

§. 39. Eine Willenserklärung also, wozu Jemand durch die Aeußerung des Andern, sein Recht gerichtlich verfolgen zu wollen, bewogen worden, ist keineswegs für erzwungen zu achten.

§. 40. Die gedrohte Entziehung eines Vortheils, welchen der Drohende dem Andern zwar zugedacht, aber noch nicht eingeräumt hatte, macht die Willenserklärung des Bedroheten niemals unkräftig.

Eine Ausnahme macht das A. L. R.:

§. 35. Die Drohung, Jemanden eines Verbrechens wegen, mit oder ohne Grund, gerichtlich angeben zu wollen, vereitelt in der Regel jede darauf erfolgte Willenserklärung des Bedrohten.

Das O. G. B. fordert:

ungerechte Furcht. §. 870.

Der Code Napoléon enthält keine bezügliche Bestimmung.

β. Wegen Betruges.

Eine Anfechtung des Vertrages wegen Betruges findet nur Statt, wenn der Betrug von einem der Kontrahenten ausgeht und wenn der andere Kontrahent durch den Betrug zum Abschluß des Vertrages veranlaßt wird.

Einer Entscheidung bedarf insbesondere der Fall, wenn bei einem entgeltlichen Vertrage jeder Kontrahent den andern betrogen hat.

§. 180.

Wenn ein Kontrahent von dem andern Kontrahenten durch eine vorsätzliche Täuschung zur Errichtung eines Vertrages veranlaßt wird, so hat der

Betrogene das Recht, die Aufhebung des Vertrages zu fordern.

Wissentliche Benutzung einer vorhandenen Täuschung steht der vorsätzlichen Täuschung gleich.

1) Der Betrug muß also in dem Sinne causam dans sein, daß in Folge desselben der Betrogene zum Abschluß des Vertrages bewogen wird.

Wird also durch einen beim Abschluß des Vertrages nebenbei vorkommenden Betrug nicht der Abschluß des Vertrages veranlaßt, sondern nur der Betrogene beschädigt, so findet nicht die Aufhebung des Vertrages statt (dolus incidens).

Das Römische Recht sagt daher:

nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est. l. 7. pr. D. 4. 3.

und setzt überhaupt voraus, daß der Betrogene durch den Betrug zum Abschluß des Vertrages veranlaßt wurde:

quodsi, cum scires, eum facultatibus labi, tui lucri gratia adfirmasti mihi idoneum esse, merito adversus te, cum mei decipiendi gratia alium falso laudasti, de dolo judicium dandum est. l. 8. l. c.

quod venditor, ut commendet, dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est. Si vero decipiendi emptoris causa dictum est, aeque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio. l. 37. l. c.

Es ist also namentlich nicht nothwendig, daß der Irrthum im Sinne des Aedelitischen Edikts wesentlich sei:

si quis virginem se emere putasset, cum mulier veniisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verumtamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, ut pretio restituto mulier reddatur. l. 11. §. 5. D. 19. 1.

Ist dagegen durch den Betrug nicht der Vertrag selbst veranlaßt, sondern nur dem Betrogenen ein Schaden verursacht, z. B.:

si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est, aut de peculio. l. 13. §. 4. l. c.

oder:

cum res quasdam ex haereditate, et instrumenta, et mancipia Vellicus (quidam) subtraxisset, quibus subtractis facile, quasi minimo valeret haereditas, ut sibi ea venderetur persuasit. l. 13. §. 5. l. c.

so geht die Klage nicht auf Aufhebung des Vertrages, sondern auf Entschädigung:

empti eum judicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset, vel eo artificio instructus. l. 13. §. 4. D. 19. 1.

competere actionem ex vendito in tantum, quanto pluris haereditas valeret, si hae (res) subtractae non fuissent. l. 13. §. 5. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 5.:

§. 349. Jeder Betrug, wodurch Jemand zur Errichtung eines Kontrakts verleitet worden, berechtigt den Betrogenen, davon wieder abzugehen.

§. 358. Ist der Vertrag zwar nicht durch Betrug veranlaßt aber doch der eine Theil dabei von dem Andern zu einem solchen Irrthum, welche die Willenserklärung gänzlich entkräftet, (Tit. IV. §. 75. sq.) betrüglich verleitet worden, so finden die obigen Vorschriften (§§. 349—356) ebenfalls Anwendung;

denn auch in einem solchen Falle ist anzunehmen, der Betrogene würde den Vertrag nicht errichtet haben, wenn er die wahre Sachlage gekannt hätte.

Ist also durch den Betrug nicht der Abschluß des Vertrages veranlaßt worden, namentlich:

ist der Irrthum, wozu der Betrogene verleitet worden, nicht so beschaffen, daß dadurch die Willenserklärung wegen des Hauptgeschäfts entkräftet werden kann §. 359.,

so findet nur ein Anspruch auf Entschädigung statt.

Das O. G. B. sagt:

§. 871. Wenn ein Theil von dem andern Theile durch falsche Angaben irregeführt worden, und der Irrthum die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erkläret worden, so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit.

§. 872. Betrifft aber der Irrthum weder die Hauptsache noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand, so bleibt der Vertrag, insofern beide Theile in den Hauptgegenstand gewilligt und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben, noch immer gültig, allein dem Irregeführten ist von dem Urheber des Irrthums die angemessene Vergütung zu leisten.

Eigenthümlich ist dem O. G. B., daß es zunächst auf die Beschaffenheit des Irrthums sieht, und aus der Beschaffenheit des Irrthums folgert, ob der Betrug ein Recht zur Aufhebung des Vertrages giebt.

Im Wesentlichen aber ergiebt sich daraus das richtige Resultat. Denn, wenn der durch Betrug veranlaßte Irrthum den Hauptgegenstand betrifft, so ist eben anzunehmen, der Betrogene würde bei Kenntniß der wahren Sachlage den Vertrag nicht geschlossen haben. Ist dagegen in den Hauptgegenstand eingewilligt, und nur in Folge eines Irrthums bezüglich eines Nebenumstandes eine dem eigentlichen Willen des Erklärenden nicht entsprechende Verpflichtung eingegangen, so ist anzunehmen, daß der Betrogene zwar den Vertrag errichtet hätte, aber in anderer Weise, als geschehen; deshalb bleibt zwar der Vertrag selbst bestehen, aber es ist Entschädigung zu geben.

Der Code Napoléon sagt:

Art. **1109.** Il n'y a point de consentement valable, si le consentement a été surpris par dol.

Art. **1116.** Le dol est une cause de nullité de la convention, lorsque les manoeuvres pratiqueés par l'une des parties sont telles, qu'il est évident, que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

2) Es ist ferner nicht nothwendig, daß der Betrüger die Täuschung selbst veranlaßt, sondern es reicht aus, wenn nur der eine Kontrahent die Täuschung des andern Kontrahenten kennt und benutzt.

Im Römischen Recht verstand man unter dolus malus theilweise nur:

machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, et aliud agitur. l. 1. §. 2. D. 4. 3.

Dagegen wurde angeführt:

posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur. eod. l. c.

und deshalb der dolus malus dahin definirt:

esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. eod. l c.

und bei Verträgen wurde dem dolus gleichgestellt:

si sciens errasse passus sit. l. 11. §. 5. D. 19. 1.

also Stillschweigen bei Kenntniß des Irrthums.

Das A. L. R. spricht sich hierüber nicht näher aus. Es geht aber von derselben Ansicht aus, wie namentlich die bezüglich der Gültigkeit der Verträge und bezüglich der Gewährleistung gegebenen Vorschriften ergeben. Denn Kenntniß des Irrthums des andern Kontrahenten wird als entscheidend erachtet.

Dbs O. G. B. setzt zunächst voraus:

daß ein Theil von dem andern Theile durch falsche Angaben irregeführt worden. §. 871.

allein es verordnet auch:

§. 876. Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, so besteht der Vertrag, es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte.
also auch ein Irrthum, welcher offenbar auffallen muß, begründet das Recht zur Anfechtung des Vertrages.

Der Code Napoléon spricht nur von:

manoeuvres pratiqueés par l'une des parties. Art. 1116.

es wird also wenigstens nicht ausdrücklich gesagt, daß Kenntniß des Irrthums in gleicher Weise zu behandeln ist.

3) Der Betrogene hat das Recht, Aufhebung des Vertrages zu fordern:

Im Römischen Recht ist dies bezüglich der Stipulationen unzweifelhaft, denn es heißt:

erit quidem subtilitati juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest. l. 36. D. 45 1.

und:

quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et justa causa esse videbitur, judicium dabo. l. 1. §. 1. D. 4. 3.

Nur durch actio oder exceptio doli war also die Ungültigkeit der Stipulation zu erlangen.

Im Falle der bonae-fidei-Kontrakte wird zwar gesagt:

nullam esse venditionem. l. 7. pr. l. c.
nullam esse societatem. l. 16. §. 1. D. 4. 4.
societas ... ipso jure nullius momenti est. l. 3. §. 3. D. 17. 2.

allein damit ist nur gemeint, es entsteht für den Betrogenen keine Verpflichtung. Wollte er einen an sich rechtsbeständigen Vertrag anfechten, so mußte er dies thun mit der actio doli, exceptio doli oder der Kontraktsklage:

ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem. l. 11. §. 5. D. 19. 1.

Deshalb wird auch gesagt:

quem (dolum) si fuerit intercessisse probatum, non adversus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei vindicatio venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in integrum restitutio competit. l. 10. C. 4. 44.

Das A. L. R. berechtigt den Betrogenen:

von dem Vertrage wieder abzugehen. §. 349. 1. 5.

Das O. G. B. sagt:

es entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit. §. 871.

Gemeint ist:

Der Vertrag kann angefochten werden.

Der Code Napoléon sagt:

Le dol est une cause de nullité de la convention. Art. 1116.

allein er fügt hinzu:

Art. 1117. La convention contractée par dol n'est point nulle de plein droit, elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision.

§. 181.

Wenn jeder Kontrahent den andern Kontrahenten zum Abschluß des Vertrages durch Betrug veranlaßt, so hat kein Theil das Recht, Aufhebung des Vertrages wegen Betruges zu fordern.

Es ist dieser Fall nicht zu verwechseln mit dem Fall, wenn beide Kontrahenten einen Vertrag schließen, welcher im Widerspruch mit der Sachlage steht, und beiden Kontrahenten die wirkliche Sachlage bekannt ist. Es ist hier vielmehr der Fall gemeint, wenn jeder Kontrahent den andern betrog, also auch jeder Kontrahent sich im Irrthum befand.

Im Römischen Recht galt der Grundsatz:

si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. l. 36. D. 4. 3.

ab utraque parte dolo compensando. l. 57. §. 3. D. 18. 1.

d. h. es fand keine Klage auf Grund des dolus statt.

Jeder Kontrahent konnte also mit der Kontraktsklage auf Erfüllung resp. das Interesse klagen. Klagte er in dieser Weise, so stand ihm die exceptio doli entgegen. Wandte der Verklagte diese exceptio ein, so wurde der Anspruch des Klägers beseitigt, denn gegen die exceptio doli war die replicatio doli nicht zulässig:

adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. l. 4. §. 13. D. 44. 4.

neque enim datur talis replicatio: aut si rei quoque in ea re dolo actum sit. l. 154. D. 50. 17.

Koch meint also mit Unrecht:

die exceptio doli werde durch die replicatio doli gehoben. II. 106.

Die praktische Folge davon war, daß bei gegenseitigen Betrügereien Keiner das Recht hatte, die Aufhebung des Vertrages zu fordern, Jeder aber das Recht, im Wege des Einwandes den Vertrag zu beseitigen.

Man sagte daher:

longe aequum sit, ex eo quod perfide gestum est, actorem nihil consequi. l. 4. §. 13. D. 44. 4.

cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor, et melior habetur possessoris causa, sicut fit, cum de dolo excipitur petitoris. l. 154. pr. D. 50. 17.

Dadurch wollte man vermeiden:

communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse. l. 4. §. 13. D. 44. 4.

Koch hat also wieder Unrecht, wenn er meint, aus diesen Bestimmungen folge:

daß es bei dem Vertrage verbleiben muß.

Dagegen enthält das A. L. R. diesen Grundsatz I. 5.:

§. 357. Sind von beiden Seiten Betrügereien vorgefallen, so besteht der Vertrag.

Das O. G. B. und der Code Napoléon enthalten für diesen Fall keine Bestimmung.

γ. Wegen Irrthums. Allgemeiner Gesichtspunkt.

Die Lehre von der Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums wird dadurch unklar, daß von dem dabei maaßgebenden Gesichtspunkt verschiedene andere Gesichtspunkte nicht scharf genug gesondert werden.

Diese anderen Gesichtspunkte sind:

1) Anfechtung einer einseitigen Willenserklärung wegen Irrthums.

Mit der Anfechtung eines Vertrages wegen Irrthums hat sie gemein, daß es sich in beiden Fällen im Allgemeinen um den Einfluß des Irrthums auf die Rechtsgültigkeit einer Willenserklärung handelt. Dieser Einfluß aber ist deshalb ein wesentlich verschiedener, weil es sich einmal um eine einseitige Erklärung und das anderemal um eine erklärte Willensübereinstimmung handelt. Es ist daher wesentlich zu prüfen, ob ein Satz aus der allgemeinen Natur der Willenserklärung oder aus der eigenthümlichen Natur der einseitigen Erklärung folgt.

2) Anfechtung eines Vertrages, welcher zum Zwecke der Erfüllung einer vermeintlich bestehenden Verpflichtung geschlossen worden ist.

In diesem Falle betrifft nämlich der Irrthum nicht den abgeschlossenen Vertrag, sondern der Irrthum liegt darin, daß ein Vertrag geschlossen wird, weil irrthümlich vorausgesetzt wurde, es bestehe eine Verpflichtung zum Abschluß des Vertrages.

3) Es ist ferner von einander zu halten der Dissensus und der error. Im Falle eines Dissensus ist gar keine Willensübereinstimmung vorhanden, es besteht gar kein Vertrag.

Im Falle eines error dagegen ist Willensübereinstimmung vorhanden, es besteht ein Vertrag, und es handelt sich darum, ob der Vertrag wegen Irrthums bei der Zustimmung zum Vertrage angefochten werden kann.

4) Es ist endlich der bei der Verpflichtung zur Gewährleistung in Betracht kommende Irrthum nicht zu verwechseln mit dem die Anfechtung eines Vertrages rechtfertigenden Irrthum.

Die Verpflichtung zur Gewährleistung folgt aus der Natur des entgeltlichen Vertrages. Es müssen namentlich die stillschweigend bedungenen Eigenschaften vertreten werden. Diese Verpflichtung aber tritt nicht ein, wenn dem Berechtigten beim Abschluß des Vertrages die wahre Lage der Dinge bekannt war, oder nur in Folge eigenen Verschuldens unbekannt blieb. Nur im Fall eines entschuldbaren Irrthums also tritt die Verpflichtung zur Gewährleistung ein, und demzufolge auch im Falle der nicht geleisteten Gewähr, das Recht zur Aufhebung des Vertrages. Die Aufhebung des Vertrages aber erfolgt nicht wegen des Irrthums beim Abschluß des Vertrages, sondern wegen der nicht geleisteten Gewähr, und nur bei der Frage, ob eine Verpflichtung zur Gewährleistung vorhanden ist oder nicht, kommt es darauf an, ob ein Irrthum beim Abschluß des Vertrages vorliegt oder nicht. Im Falle der Anfechtung eines Vertrages wegen Irrthums wird dagegen der Vertrag unmittelbar wegen des Irrthums angefochten. cf. §. 108.

Handelt es sich um Anfechtung eines Vertrages wegen Irrthums, so ist zu unterscheiden:

1) der Irrthum, welcher eine Bestimmung des Vertrages betrifft;
2) der Irrthum im Beweggrund zum Abschluß des Vertrages.

α. Irrthum bezüglich einer Bestimmung des Vertrages.

Der Irrthum betrifft entweder den Inhalt einer Verpflichtung oder die Person, mit welcher kontrahirt wird.

αα. Irrthum bezüglich des Inhalts der Verpflichtung.

Der Irrthum betrifft entweder den Inhalt der eigenen Verpflichtung, oder den Inhalt der Verpflichtung des andern Kontrahenten.

1) Der Irrthum bezüglich des Inhalts der eigenen Verpflichtung rechtfertigt niemals die Anfechtung eines Vertrages. Als selbstverständlich ist dies in allen Gesetzbüchern vorausgesetzt, und wenn sich allgemeine Sätze finden, welche unmittelbar wörtlich verstanden, eine Anwendung auch auf diesen Fall zulassen, so hat man doch diesen Fall nicht mitgemeint.

Eine solche allgemeine Ausdrucksweise enthält das A. L. R., indem es bei der Lehre von Willenserklärungen sagt I. 4.:

§. 75. Irrthum in dem Hauptgegenstande der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.

und der Code Napoléon:

Art. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

2) Der Irrthum, bezüglich des Inhalts der Verpflichtung des andern Kontrahenten, kann vorkommen bezüglich eines unentgeltlichen oder eines entgeltlichen Vertrages. Wenn der durch einen unentgeltlichen Vertrag Berechtigte sich bezüglich des Inhalts der Verpflichtung im Irrthum befindet, so ist ein solcher Irrthum ohne Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des Vertrages. Denn wenn auch der Berechtigte das nicht erhält, was er zu erhalten glaubte, so erhält er doch immer Etwas. Auf etwas Mehreres aber hat er keinen Anspruch, weil der Andere nur zu dem verpflichtet ist, wozu er sich verpflichtet hat.

Es ergiebt sich aus Vorstehendem:

Wegen Irrthums bezüglich des Inhalts der Verpflichtung kann nur ein entgeltlicher Vertrag angefochten werden und zwar nur wegen Irrthums bezüglich des Inhalts des Versprochenen.

Nach dem Prinzipe des strengen Rechts ist eine Anfechtung des Vertrages nicht zu gestatten. Der erklärte Willen gilt als wirklicher Willen.

Auch im wirklichen Recht kann eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums nur in beschränkter Weise stattfinden.

Wer nämlich einen Vertrag schließt, dessen Sache ist es, sich vor dem Abschluß des Vertrages bezüglich des Inhalts dessen, was ihm versprochen wird, gehörig zu unterrichten. Unterläßt er dies und findet sich hinterdrein getäuscht, so hat er sich dies selbst beizumessen. Es kann freilich auch Jemand, welcher mit aller möglichen Vorsicht verfährt, sich in seinen Erwartungen getäuscht finden. Allein auch darauf muß Jeder, welcher Verträge schließt, gefaßt sein, und es kann ein Irrthum beim Abschluß des Vertrages dem Getäuschten kein Recht geben, wegen seines einseitigen Irrthums einen rechtsgültigen Vertrag anzufechten.

Dies gilt unbedingt, wenn der Vertrag die Leistung von Handlungen oder die Uebertragung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts zum Inhalt hat. Der Werth der Handlungen oder des Gebrauchs- und Nutzungsrechts ist kein so fest bestimmter, daß sich von Haus aus bestimmte Erwartungen auf einen solchen Vertrag gründen ließen. Derartige Verträge enthalten ihrer Natur nach ein gewisses Risiko.

Anders steht die Sache, wenn es sich um den Erwerb von Sachen gegen Sachen oder Geld handelt.

Wer generellbestimmte Sachen erwirbt, der hat sich eine etwaige Täuschung selbst beizumessen. Denn durch die generelle Bestimmung der Sache wird zugleich deren Art, Werth und Brauchbarkeit bestimmt.

Nur im Falle des Erwerbes einer individuell bestimmten Sache können solche Umstände vorliegen, daß die Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums gerechtfertigt erscheint.

Es ist zu unterscheiden der Irrthum in der individuellen Bestimmtheit der Sache (error in substantia) und in der allgemeinen Bestimmtheit der Sache, im Werth (laesio enormis).

a) Irrthum in der Substanz der Sache.

Es ist im gewöhnlichen Verkehr nicht immer thunlich, sich vor dem Erwerb einer Sache darüber zu vergewissern, ob sie in jeder Beziehung den Erwartungen des Erwerbers entspricht. Gegen Täuschungen ist zwar der Erwerber einigermaßen dadurch geschützt, daß der Veräußernde auch ohne Verabredung für die gewöhnliche Brauchbarkeit der Sache Gewähr leisten muß. Auch kann sich der Erwerber noch dadurch sichern, daß er sich bezüglich der Beschaffenheit der Sache besondere Versprechungen machen läßt. Ein sicherer Schutz liegt jedoch weder in dem einen noch in dem andern. Der Veräußernde ist nämlich ohne besondere Verabredung nur verpflichtet dafür einzustehen, daß die Sache, die er wirklich veräußert hat, in gewöhnlicher Weise brauchbar sei, die Täuschung kann aber nicht in der Unbrauchbarkeit der Sache, sondern darin liegen, daß der Erwerber eine Sache ganz anderer Art erwarb, als er zu erwerben beabsichtigte. Auch ausdrückliche Versicherungen schützen ihn nur unvollkommen, weil sie, in Abrede gestellt, nur erwiesen rechtliche Wirkung haben.

Hierzu kommt, daß es im gewöhnlichen Handel und Wandel gar nicht immer üblich ist, sich bezüglich eines jeden Umstandes ausdrückliche Versprechungen machen zu lassen. Es werden namentlich Sachen, die dem äußeren Anscheine nach Sachen bestimmter Art sind, auf Treu und Glauben erworben, d. h. der Erwerber geht ohne Weiteres, d. h. ohne sich dieserhalb besondere Zusicherung geben zu lassen, von der Voraussetzung aus, die Sache sei wirklich das, wofür sie der äußere Anschein ausgiebt. In Voraussetzung dessen bestimmt er das Entgelt.

Auch von dem Veräußernden ist, wenn anders er mit gewöhnlich üblicher Rechtschaffenheit verfährt, anzunehmen, er sei von derselben Voraussetzung ausgegangen. Der Betrag des Entgeltes offenbart ihm, worauf es der Erwerber wesentlich abgesehen hat.

Findet sich nun hinterdrein, daß die Voraussetzung des Erwerbers oder beider Kontrahenten eine irrige war, so hat zwar der Erwerber nach strengem Recht keinen Anspruch gegen den Veräußernden, sofern nicht eine ausdrückliche oder stillschweigende Ver-

abredung darüber vorliegt, daß die aus dem äußern Scheine der Sache sich ergebende Beschaffenheit der Sache zu vertreten ist; im wirklichen Recht findet jedoch der in dieser Weise Getäuschte Schutz, indem ihm das Recht gegeben wird, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten.

Es liegt hierin keine Unbilligkeit gegen den Veräußernden.

War ihm beim Abschluß des Vertrages die wirkliche Beschaffenheit der Sache bekannt, und er ging auf den Vertrag ein, ohne den Erwerber auf seinen Irrthum aufmerksam zu machen, so handelte er, da ihm der Irrthum des Erwerbers aus dem unverhältnißmäßigen Betrage des Entgelts einleuchten mußte, von Haus aus nicht in gewöhnlicher Weise rechtschaffen.

War ihm selbst die wahre Beschaffenheit der Sache beim Abschluß des Vertrages nicht bekannt, so würde er in gleicher Weise nicht in gewöhnlicher Weise rechtschaffen handeln, wenn er nach Entdeckung der wahren Beschaffenheit der Sache an dem Vertrage festhalten wollte. Denn der Vertrag wurde von beiden Theilen nicht in Berücksichtigung der wahren Beschaffenheit der Sache geschlossen, sondern in der irrthümlichen Voraussetzung, daß die Sache wirklich das sei, wofür sie der äußere Anschein ausgiebt.

Das in einem solchen Falle dem Erwerber gegebene Recht, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten, bezweckt die Aufrechthaltung von Treu und Glauben im Handel und Wandel.

Jedermann soll nicht bloß vertreten was er selbst angiebt, sondern auch das, wofür die Sache sich selbst ausgiebt.

Die Gesetze sprechen in einem solchen Falle von error in substantia, von wesentlichem Irrthum. Die vorstehende Erörterung aber ergiebt, daß keinesweges jeder Vertrag wegen eines Irrthums in der Substanz, wegen eines wesentlichen Irrthums angefochten werden kann, sondern eben nur Kauf und Tausch.

Das Wesentliche des Irrthums liegt darin, daß Jemand etwas ganz Anderes erhält, als er erwerben wollte, und es erhellt dies aus der Unverhältnißmäßigkeit des dagegen Versprochenen.

Liegt kein Irrthum vor, so findet natürlich eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums nicht statt.

b) Allgemeine Bestimmtheit der Sache.

Betrifft der Irrthum nicht die Substanz der Sache, d. h. nicht eine äußere Beschaffenheit derselben, sondern nur den aus der Totalität aller Eigenschaften der Sache folgenden Werth der Sache, so ist man darüber nicht einig, ob die Aufhebung des Vertrages wegen Irrthums im Werthe der Sache zu gestatten ist oder nicht.

Jedenfalls unrichtig ist die Ansicht Hegels, das Recht, den Vertrag wegen laesio enormis anzufechten, folge aus dem Begriff des Vertrages (Naturrecht §. 77., Anhang).

Aus dem Begriff des Vertrages, d. h. nach dem Prinzip des strengen Rechts, folgt vielmehr das Gegentheil. Es hängt lediglich

von den Kontrahenten ab, zu bestimmen, ob das Werthverhältniß einen Einfluß auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrages haben soll oder nicht. Haben sie nichts verabredet, so ist dasselbe ohne rechtlichen Einfluß.

Es kann einzig und allein in Frage kommen:

ob im wirklichen Recht ein Bedürfniß vorhanden ist, gegen das Prinzip des strengen Rechts eine Anfechtung des Vertrages zu gestatten, und in welcher Weise.

Vergleicht man den Irrthum in der Substanz mit dem Irrthum im Werth, so ergiebt sich ein wesentlicher Unterschied.

Im Falle des Irrthums in der Substanz läßt sich ein bestimmtes äußerlich erkennbares Merkmal dafür angeben, daß ein wesentlicher Irrthum vorliegt, nämlich die substanzielle Beschaffenheit der Sache. Im Falle des Irrthums im Werth ist dagegen kein objektives Merkmal vorhanden.

Ein objektives Merkmal kann nur dadurch zu Wege gebracht werden, daß das Gesetz bestimmt:

Ein bestimmtes Mißverhältniß des Werths ist als eine wesentliche Verletzung anzusehen.

Mit Rücksicht auf diesen Unterschied hat man die Ansicht aufgestellt: Bornemann III. 74:

die Läsionsklage müsse gänzlich abgeschafft werden,

allein aus dem Vorhandensein eines Unterschiedes kann nur gefolgert werden, daß der Irrthum im Werth verschieden behandelt werden muß, wie der Irrthum in der Substanz, nicht, daß dies in entgegengesetzter Weise geschehen muß. Die richtige Behandlung der Sache aber ergiebt sich aus Nachstehendem:

Wenn ein entgeltlicher Vertrag geschlossen wird, so geht in der Regel jeder Kontrahent von der Voraussetzung aus, für seine Leistung eine verhältnißmäßige Gegenleistung zu erhalten. Wenn also ein entschiedenes Mißverhältniß der gegenseitigen Leistungen hervortritt, so ergiebt sich ganz einfach die Vermuthung, der Verkürzte habe den Vertrag nur in Folge eines Irrthums bezüglich des Werths des ihm Versprochenen geschlossen. Das Gesetz entspricht also nur der wirklichen Lage der Dinge, wenn es bestimmt, in einem solchen Falle solle ein Irrthum vermuthet werden. Und wenn dem Verletzten, sofern diese Vermuthung nicht widerlegt wird, das Recht gegeben wird, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten, so liegt darin nur ein angemessener Schutz für den Verkürzten, keineswegs eine ungerechtfertigte Verletzung des Andern, denn die Anfechtung des Vertrages erfolgt nur, weil der wirkliche Vertrag nicht der beiden Kontrahenten gemeinsamen Voraussetzung entspricht.

Wollte der gewinnende Theil geltend machen, er sei nicht von der Voraussetzung ausgegangen, ein entsprechendes Entgelt zu geben, so läge darin das Zugeständniß einer nicht in gewöhnlicher

Weise rechtschaffenen Handlungsweise. Eine solche Handlungsweise aber deshalb zu schützen, weil ihr das strenge Recht zur Seite steht, würde dem Prinzip der Moralität widersprechen.

Suarez hat daher die Sache von dem ganz richtigen Gesichtspunkte aufgefaßt, wenn er sagt:

Nur das kann ich nicht umhin zu wünschen, daß man die praesumtio doli, oder vielmehr eines den Konsens vernichtenden Irrthums ex laesione enormi etabliren möchte, nämlich in dem Falle, wenn der Käufer solchergestalt lädirt worden. Bei neunundneunzig Fällen unter hundert wird es doch gewiß zutreffen, daß, wenn Jemand eine Sache so weit über ihren wahren Werth bezahlt, dabei allerhand listige Vorspiegelungen, Ueberredungen, Uebereilungen und andere Kunstgriffe zur Ueberlistung des unerfahrenen, leichtsinnigen und unbesonnenen (resp. der Redlichkeit des Verkäufers vertrauenden) Verkäufers mit im Spiele sind. Bornemann III. 67.

Suarez giebt auch das Prinzip, aus welchem die bezügliche Bestimmung zu rechtfertigen ist, ganz richtig an, indem er sagt:

Es würde der Moralität gar zu schädlich sein, wenn dergleichen circumventiones durch die Gesetze begünstigt werden sollten.

Den Einwand,

man könnte sagen, daß in einem solchen Falle der Käufer actionem doli anstellen könne,

beseitigt er durch die richtige Bemerkung:

der Beweis des doli ist zu schwer, um deswillen hat das jus romanum (?) einen sogenannten dolum ex re, d. h. einen solchen, der sich aus der Sache selbst ergiebt, angenommen.

Ebenso richtig bemerkt dann Suarez, daß nicht die Läsion für sich allein die Anfechtung des Vertrages rechtfertigt, sondern vielmehr die aus der Läsion entspringende Vermuthung eines Irrthums. Er sagt daher auch:

Diese Vermuthung kann durch eine nähere Untersuchung der Kaufshandlung elidirt werden. Bornemann III. 67.

Es ist also auch nach Vorstehendem eine ungerechtfertigte Voraussetzung Bornemanns:

die Behauptung, daß man über den Werth im Irrthum gewesen, müsse durch Angabe dessen, worin man geirrt, speziell begründet werden.

Die Vermuthung des Irrthums folgt vielmehr unmittelbar aus dem Mißverhältniß des Werthes der gegenseitigen Verpflichtungen.

Es ist aber das Recht, einen Vertrag wegen Irrthums im Werthe anzufechten, auf den Fall des Kaufes oder Tausches individuell bestimmter Sachen zu beschränken.

Handelt es sich um den Erwerb einer generell bestimmten Sache,

so kann ein Irrthum in dem Werthe der Sache nicht berücksichtigt werden, denn der Werth der Sache folgt aus der generellen Bestimmung der Sache. Nimmt der Erwerber den Werth falsch an, so hat er sich dies lediglich selbst zuzuschreiben.

Hat der Vertrag die Leistung einer Handlung oder die Uebertragung eines Gebrauchs- oder Nutzungsrechts zum Gegenstand, oder auch die Uebertragung einer Forderung, so ist der Werth der Verpflichtung seiner Natur nach kein bestimmter, wie der Werth einer Sache. Jeder Kontrahent hat den Werth der Verpflichtung selbst zu taxiren und demgemäß das Entgelt zu bestimmen. Irrt der eine oder andere dabei, so hat er sich die irrige Schätzung selbst beizumessen.

αα. Eines Kaufes und Tausches wegen Irrthums.

ααα. In der Substanz.

§. 182.

Wer durch Kauf oder Tausch eine wesentlich andere Sache erwirbt, als er zu erwerben beabsichtigte, kann den Vertrag wegen Irrthums anfechten, sofern sich die eigentliche Absicht aus der Unverhältnißmäßigkeit des Werthes der Gegenleistung ergiebt.

Im Römischen Recht blieb es bei Stipulationen bei dem Grundsatz des strengen Rechts. Daher wird gesagt:

> si id, quod aurum putabam, cum aes esset, stipulatus de te fuero, teneberis mihi hujus aeris nomine, quoniam in corpore consenserimus. l. 22. D. 45. 1.

Beim Kauf galt ursprünglich wohl derselbe Grundsatz:

> Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, an emptio et venditio sit. Marcellus scripsit libro sexto Digestorum, emptionem esse et venditionem, quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum. l. 9. §. 2. D. 18. 1.

Später ging man jedoch von der Ansicht des strengen Rechts ab. Ulpian sagt:

> Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope ἡ οὐσία id est substantia est, si modo vinum acuit. Caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, ut embamma, id est intinctus, aliud pro alio venisse videtur. eod. l. c.

Man sah die Sache also so an, als ob ein dissensus bezüglich des Objekts vorläge. Daraus folgte:

nullam esse venditionem. eod. l. c.

Aber auch wenn kein dissensus der Kontrahenten vorlag, sondern beide Kontrahenten von einer irrigen Voraussetzung ausgingen und also die Sachlage der beiderseitigen Voraussetzung widersprach:

si in materia ambo errarent, utputa si et ego me vendere aurum putarem, et tu emere, cum aes esset?

galt der Grundsatz:

si aes pro auro veneat, non valet. l. 14. D. 18. 1.

Darauf, ob der Irrthum entschuldbar war oder nicht, wurde nicht gesehen.

Die Beispiele:

aes pro auro. eod. l. c.
acetum pro vino. l. 9. §. 2. l. c.
mensam argento coopertam pro solida. l. 41. §. 1. l. c.

ergeben, daß nur die materielle Verschiedenartigkeit der Substanz berücksichtigt wurde.

Daß der Kauf als nichtig erachtet wurde, folgt keineswegs, wie Koch meint, aus der Natur der Sache (II. 119.). Aus der Natur der Sache folgt vielmehr, daß der vorhandene Vertrag so lange gilt, bis er für nichtig erklärt worden ist. Im Römischen Recht mußte man sich durch die Fiktion eines dissensus helfen, weil, wenn man dies nicht gethan hätte, es an einem Rechtsmittel zur Anfechtung des Vertrages gefehlt hätte. Betraf der Irrthum nur eine Eigenschaft der Sache, so blieb der Vertrag gültig:

cum in corpore consentiamus, de qualitate autem dissentiamus, emptionem esse. l. 21. §. .2 D. 19. 1.

Erst das Aedelitische Edikt gab ein Rechtsmittel zur Aufhebung des Vertrages.

Das A. L. R. hat den bestimmten Gesichtspunkt von Aufhebung eines Kaufs wegen Irrthums aufgegeben und enthält nur den allgemeinen Satz 1. 4.:

§. 75. Irrthum in dem Hauptgegenstand der Willenserklärung macht dieselbe ungültig.

Das A. L. R. bestimmt demnächst ausdrücklich:

§. 78. In allen diesen Fällen (§§. 75. 76. 77.) bleibt die Willenserklärung ungültig, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können.

Bei der Lehre von Verträgen wird dieser Satz nicht weiter berücksichtigt. Eine unmittelbar wörtliche Anwendung desselben würde das Resultat ergeben, daß der Vertrag gar nicht zu Stande gekommen, also nichtig ist. Es ist aber anzunehmen, daß das A. L. R. den Irrthum ebenso behandelt wissen will, wie den Mangel der freien oder ernstlichen Einwilligung. Darnach ist der Vertrag nicht

nichtig, sondern der Irrende hat nur das Recht, ihn anzufechten. §. 186. I. 5.

Es giebt jedoch im Falle der Ungültigkeit der Willenserklärung nach Lage der Sache Ansprüche auf Entschädigung. §§. 79. 80. I. 4.

Die ferneren Bestimmungen wegen Irrthums in den Eigenschaften finden auf Verträge keine unmittelbare Anwendung, weil bei der Lehre von der Gewährleistung spezielle Bestimmungen vorhanden sind (cf. §. 105.).

Das O. G. B. erwähnt den Irrthum, welcher:

> die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden, §. 871.

nur unter dem Gesichtspunkt des Betruges. Es giebt jedoch dem Getäuschten,

> wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthume Schuld ist,

also auch wenn kein Betrug vorliegt, das Recht, den Vertrag anzufechten,

> wenn dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte. §. 876.

Diese Bestimmung ist also namentlich anwendbar:

> wenn der Irrthum aus der Unverhältnißmäßigkeit der Gegenleistung offenbar hervorgeht.

Der gedachte Paragraph ergiebt auch, daß das Recht zur Anfechtung des Vertrages nicht davon abhängig gemacht ist, daß der Irrthum entschuldbar sei.

Der Code Napoléon sagt:

> Art. 1110. L'erreur n'est une cause de nullité de la convention, que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet.

Ob der Irrthum entschuldbar ist oder nicht, ist also gleichgültig. Er sagt ausdrücklich (und zwar nicht, wie Koch meint, unangemessener, sondern angemessener Weise II. 119.):

> Art. 1117. La convention contractée par erreur n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu a une action en nullité ou en rescision.

βββ. Im Werth.

§. 183.

Wer eine individuell bestimmte Sache um mehr als das Doppelte ihres Werthes erkauft, oder ertauscht, kann den Vertrag anfechten, sofern nicht die aus dem

Mißverhältnisse des Werthes der gegenseitigen Leistungen entspringende Vermuthung, der Vertrag sei durch Irrthum veranlaßt worden, widerlegt wird.

Wegen Mißverhältnisses des Werthes der gegenseitigen Leistungen gestattete das Römische Recht nur ganz ausnahmsweise die Anfechtung des Vertrages, und zwar zum Schutz des Veräußernden, nämlich im Falle der Veräußerung eines fundus:

> fundum venumdatum . . rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit. l. 2. C. 4. 44.

Dagegen wurde ein etwaiger Irrthum bezüglich des Werths des Erworbenen nicht berücksichtigt. Es galt der Grundsatz des strengen Rechts:

> Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere, quod minoris sit pluris vendere, et (ita) invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est. l. 22. §. 3. D. 19. 2.

Nur dolus gab ein Recht zur Anfechtung des Vertrages. l. 23. l. c. Es wird dabei noch besonders bemerklich gemacht:

> dolus qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur. l. 10. C. 4. 44.

Das A. L. R. geht zwar auch von dem Grundsatze des strengen Rechts aus, indem es bestimmt I. 11.:

> §. 58. Der Einwand, daß der Kaufpreis mit dem Werthe der Sache in keinem Verhältnisse stehe, ist für sich allein den Vertrag zu entkräften nicht hinreichend.

Demnächst aber verordnet es zu Gunsten des Käufers:

> §. 59. Ist jedoch dieses Mißverhältniß so groß, daß der Kaufpreis den doppelten Betrag des Werths der Sache übersteigt, so begründet dieses Mißverhältniß zum Besten des Käufers die rechtliche Vermuthung eines den Vertrag entkräftenden Irrthums.

Zu Gunsten des Verkäufers kann diese Vermuthung nicht eintreten, weil der Werth des Geldes ein durchaus bestimmter, ein Irrthum über dessen Werth also nicht möglich ist. Daher sagt das A. L. R.:

> §. 69. Der Verkäufer kann den Kauf aus dem Grunde, daß der Werth der Sache den Betrag des Kaufpreises selbst mehr als doppelt übersteige, nicht anfechten.

Bezüglich des Käufers wird dagegen bestimmt:

> §. 60. Wird diese Vermuthung durch die übrigen, bei den Unterhandlungen und bei Abschließung des Vertrages vorgefallenen Umstände nicht gehoben, so ist der Käufer die Aufhebung des Vertrages zu suchen berechtigt.

namentlich wird als ein die Vermuthung eines Irrthums ausschließender Umstand hervorgehoben:

wenn aus dem Vertrage selbst, aus der Beschaffenheit seines Gegenstandes oder aus der vor und bei der Abschließung desselben vorgefallenen Umständen erhellet, daß bei Bestimmung des Kaufpreises nicht auf den gemeinen, sondern auf den außerordentlichen Werth der Sache Rücksicht genommen worden. §. 66.

Gleiches Recht wie der Käufer hat beim Tausch jeder Kontrahent (§. 365. I. 11.), also den Worten nach auch im Falle des Erwerbes generell bestimmter Sachen.

Bezüglich aller übrigen Verträge findet das Recht zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums im Werth nicht statt; namentlich also nicht im Falle des Pacht- und Miethvertrages.

Ausdrücklich ausgeschlossen wird es bei der Cession §. 390. I. 11., beim Erbschaftskauf §. 486. l. c., bei Verträgen über Handlungen §§. 876. 926. l. c., bei gewagten Geschäften §§. 528—530. l. c., bei Vergleichen §. 439. I. 16., bei Theilungen §. 112. I. 17.

Bornemann meint, beim Lieferungsvertrage kämen die Vorschriften vom Kauf zur Anwendung, III. 72. Dem ist nicht so. Das Recht zur Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums im Werth gründet sich auf eine Verletzung durch Irrthum beim Abschluß des Vertrages. Der Lieferant wird aber erst nach geleisteter Lieferung einem Verkäufer gleich gestellt. Bis zum Moment der Uebergabe stellt das A. L. R. den Lieferungsvertrag unter den Gesichtspunkt eines Vertrages über Handlungen.

Die Bestimmung I. 11.:

§. 65. Der Käufer kann dieses Einwandes sich nicht bedienen, wenn er demselben ausdrücklich entsagt hat.

folgt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, und es fehlt an jedem hinreichenden Grunde, die exceptio laesionis enormis für unzulässig zu achten, wie Bornemann vorschlägt III. 74. Wer eine Sache erwirbt, hat natürlich auch das Recht zu erklären, er wolle sie erwerben, ohne Rücksicht darauf, welchen Werth sie habe.

In diesem Sinne kann auch dem Recht entsagt werden, einen Vertrag wegen Irrthums in der Substanz anzufechten, wenn nämlich der Erwerber erklärt, er wolle die Sache erwerben, ohne alle Rücksicht darauf, von welcher Substanz sie sei. Es kann daher auch keineswegs allgemein gesagt werden:

die Entsagung der exceptio erroris überhaupt sei unzulässig. Bornemann III. 74.

nur eine „in allgemeinen Ausdrücken geschehene Entsagung" der exceptio erroris hat keine rechtliche Wirkung. §. 193. I. 5.

Das O. G. B. verordnet:

§. 934. Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Theil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat,

von diesem an dem gemeinen Werth erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Theile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu suchen.

so daß anscheinend die laesio enormis für sich allein ausreicht, um einen Vertrag anzufechten. In der That aber geht auch das O. G. B. nur von der Voraussetzung aus, in einem solchen Falle spreche die Vermuthung für einen den Vertrag entkräftenden Irrthum. Denn es schließt jenes Recht zur Aufhebung des Vertrages aus:

wenn Jemand, obwohl ihm der wahre Werth bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnißmäßigen Werth verstanden hat,

namentlich:

wenn Jemand sich erklärt hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Werth zu übernehmen;

wenn aus den Verhältnissen der Personen zu vermuthen ist, daß sie einen aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag schließen wollen.

Ebenso fällt das Recht zur Anfechtung des Vertrages fort:

wenn Jemand ausdrücklich darauf Verzicht gethan hat.

Die ferneren Ausnahmen:

wenn die Sache vor Gericht versteigert worden ist,

und:

wenn der wahre Werth sich nicht mehr ermitteln läßt, **§. 935.**

fallen unter andere Gesichtspunkte.

Ausdrücklich ausgeschlossen wird der Anspruch bei Glücksverträgen §. **1268.** und bei Vergleichen §. **1386.**

Auch fällt der Anspruch fort, wenn Jemand Geld empfängt, denn dessen wahrer Werth ist immer bekannt.

Der Fall, wenn die erhaltene Sache generell bestimmt ist, wird nicht speziell erwähnt.

Abgesehen davon, ist die Bestimmung des O. G. B. zu allgemein gefaßt: Denn wenn man auch, wie die Worte „gegeben", „erhalten" andeuten, vorzugsweise nur an Kauf und Tausch gedacht hat, läßt sich doch die Bestimmung auf alle entgeltlichen Verträge anwenden, also auch auf Verträge, wodurch Gebrauchs- und Nutzungsrechte übertragen oder Handlungen übernommen werden.

Der Code Napoléon sagt:

Art. **1118.** La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrâts.

und:

Art. **1683.** La rescision pour lésion n'a pas lieu en faveur de l'acheteur.

Dagegen läßt es, gleich dem Römischen Recht, die Anfechtung des Verkaufs zu:

si le vendeur a été lésé . . . dans le prix d'un immeuble. Art. 1674.

In gewisser Weise kann jedoch auch der Käufer einer Sache den Kauf wegen Irrthums bezüglich des Werths der empfangenen Sache anfechten, nämlich wenn zugleich défauts cachés vorhanden sind, und also der Käufer:

s'il les avait connus n'en aurait donné qu'un moindre prix. Art. 1641.

Ob ein solcher Fall vorliegt, ist der Entscheidung des Richters überlassen.

ββ. Wegen Irrthums in der Person.

Ein Irrthum bezüglich der Person des Kontrahenten kann vorkommen bezüglich entgeltlicher und bezüglich unentgeltlicher Verträge.

1) Bezüglich unentgeltlicher Verträge ist natürlich ein Irrthum bezüglich der Person des Verpflichteten ohne allen rechtlichen Einfluß.

Ein Irrthum bezüglich der Person des Berechtigten fällt dagegen unter den Gesichtspunkt des Irrthums im Beweggrunde.

2) Bezüglich entgeltlicher Verträge ist zu unterscheiden:

Wenn der Irrthum in der Person zugleich nur ein Irrthum im Beweggrund ist, so gelten die Grundsätze vom Irrthum im Beweggrunde.

Es kann aber der Irrthum bezüglich der Person auch den Inhalt der Verpflichtung betreffen, wenn nämlich das Entgelt für eine Leistung der Person mit Rücksicht auf eine besondere Befähigung gerade dieser Person bestimmt wird. Ein dabei vorkommender Irrthum in der Person muß in der Regel unberücksichtigt bleiben.

Denn bei entgeltlichen Verträgen ist das Wesentliche der Inhalt der Leistung, nicht die Person des Leistenden. Wer also für eine Leistung nur ein bestimmtes Entgelt geben will, wenn die Leistung von einer bestimmten Person ausgeht, dessen Sache ist es, sich hierüber deutlich zu erklären. Unterläßt er dies und kontrahirt aus Irrthum mit einer andern Person, so besteht ein rechtsgültiger Vertrag mit dieser andern Person.

Nur in dem ganz ausnahmsweisen Falle, wenn das Entgelt mit Rücksicht auf eine ganz besondere Befähigung einer bestimmten Person bestimmt wurde, und also dem andern Kontrahenten aus der Unverhältnißmäßigkeit des Entgelts zu seiner Leistungsfähigkeit einleuchten mußte, daß der Abschluß des Vertrages mit ihm, der diese Befähigung nicht besitzt, nur Folge eines Irrthums sein könne, rechtfertigt sich die Anfechtung des Vertrages, weil der Andere

nicht in gewöhnlicher Weise rechtschaffen verfährt, wenn er den augenscheinlichen Irrthum des Andern benutzt, um einen übermäßigen Gewinn zu ziehen.

Ein solcher Fall liegt z. B. vor, wenn Jemand mit einem ganz ausgezeichneten Künstler zu kontrahiren glaubt, aus Irrthum in der Person aber mit einem Künstler gewöhnlicher Art kontrahirt.

In einem solchen Fall reichen die gewöhnlichen Rechtsmittel nicht aus. Denn der zur Leistung der Handlung Verpflichtete wird durch den Vertrag nur zur Leistung eines gewöhnlichen Werkes verpflichtet, nicht des ungewöhnlichen Werkes, welches der Andere erwartete.

Die Gesetze heben den bestimmten Gesichtspunkt von der Aufhebung eines entgeltlichen Vertrages wegen Irrthums in der Person nicht speziell hervor. Dagegen lassen sich allgemeine Sätze auf diesen Fall anwenden. Diese allgemeinen Sätze heben jedoch das entscheidende Moment:

daß der Irrthum dem Verpflichteten einleuchten mußte,

nicht hervor.

§. 184.

Wer aus Irrthum in der Person für eine Leistung ein so unverhältnißmäßiges Entgelt verspricht, daß dem Leistenden der Irrthum offenbar einleuchten muß, hat das Recht, den Vertrag wegen Irrthums anzufechten.

Im Römischen Recht wird dieser Fall nicht erörtert.

Das A. L. R. enthält dagegen bei der Lehre von den Willenserklärungen eine bezügliche Bestimmung. Es verordnet 1. 4.:

> §. 76. Ein Gleiches gilt (d. h. die Willenserklärung ist ungültig) von einem Irrthum in der Person Desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht (nämlich auf das unverhältnißmäßige Entgelt) entstehen soll, sobald aus den Umständen (namentlich also aus der Unverhältnißmäßigkeit des Entgelts) erhellet (und also auch dem Berechtigten einleuchten muß), daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde.
>
> Je nach dem obwaltenden Verschulden entstehen Ansprüche auf Entschädigung. §§. 78—80. 1. 4.

Der Irrthum in ausdrücklich oder gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person, fällt nicht, wie Koch meint II. 124, unter den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt, sondern unter den Ge-

sichtspunkt der Gewährleistung. Dergleichen Eigenschaften müssen vertreten werden.

Das O. G. B. folgt lediglich dem A. L. R., indem es verordnet:

§. 873. Eben diese Grundsätze (nämlich daß für den Irregeführten keine Verbindlichkeit entsteht) sind auch auf den Irrthum in der Person Desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; insofern ohne den Irrthum der Vertrag entweder gar nicht oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre.

Man wird auch hier die Bestimmung des §. 876 anwenden müssen, wonach,

wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem Irrthum Schuld ist,

der Vertrag besteht,

es wäre denn, daß dem annehmenden Theile der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte.

Der Code Napoléon enthält den allgemeinen Satz:

L'erreur n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne, avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention. Art. 1110.

Dieser Satz findet also namentlich Anwendung auf entgeltliche Verträge. Er ist jedoch zu allgemein gefaßt, weil die einseitige Absicht des einen Kontrahenten nicht allein entscheidend sein darf, sondern die Aufhebung des Vertrages sich nur rechtfertigen läßt, wenn der Irrthum auch dem andern Kontrahenten einleuchten mußte.

66. Wegen Irrthums im Beweggrund.

Ein Irrthum im Beweggrund beim Abschluß entgeltlicher Verträge kann keine Berücksichtigung finden. Welch einseitige Beweggründe ein Kontrahent hat, das ist ohne Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des Vertrages. Denn der andere Kontrahent schließt den Vertrag nicht mit Rücksicht auf die Beweggründe des andern Kontrahenten, sondern in eigenem Interesse. Das Wesentliche ist der Tausch der gegenseitigen Leistungen.

Will ein Kontrahent die Rechtsgültigkeit des Vertrages von dem Zutreffen eines vorausgesetzten Beweggrundes abhängig machen, so ist es seine Sache, dem Vertrage eine Bedingung hinzuzufügen.

Bezüglich unentgeltlicher Verträge sind die Motive, welche der Berechtigte hat, gleichgültig.

Nach strengem Recht kann es auch auf die Motive des sich Verpflichtenden nicht ankommen.

Im wirklichen Recht werden jedoch in Folge der Wirksamkeit des moralischen Prinzips die Motive des sich Verpflichtenden berücksichtigt, und zwar in der Weise, daß Demjenigen, welcher sich nur in Folge eines irrigen Beweggrundes verpflichtet, das Recht gegeben wird, den Vertrag anzufechten, da es sich jedoch um Anfechtung nicht einer einseitigen Willenserklärung, sondern eines Vertrages handelt, nur unter der Voraussetzung, daß auch dem Berechtigten der irrige Beweggrund des sich Verpflichtenden bekannt war. Ist ihm der irrige Beweggrund bekannt, und er geht doch auf den Vertrag ein, so handelt er nicht in gewöhnlicher Weise rechtschaffen, und er hat keinen Grund zur Beschwerde, wenn die Verpflichtung wieder aufgehoben wird.

Der wirklichen Kenntniß des irrigen Beweggrundes wird auch der Fall gleichzustellen sein, wenn dem Berechtigten der Irrthum des Andern offenbar einleuchten mußte. Ist dagegen der Berechtigte in gutem Glauben auf den Vertrag eingegangen, so kann dem Verpflichteten nicht das Recht gegeben werden, den Vertrag wegen seines einseitigen Irrthums anzufechten.

Die Gesetze gehen sogar noch weiter, indem sie nur den ausdrücklich angegebenen Beweggrund berücksichtigen. Allein darin gehen sie zu weit. Handelt es sich um eine letztwillige Anordnung, so wird mit Recht nur der ausdrücklich angegebene Beweggrund beachtet. Handelt es sich aber um einen Vertrag, so ist auch der stillschweigenden Willenserklärung, sofern nur der Willen des Erklärenden daraus deutlich hervorgeht, dieselbe Wirkung beizulegen, wie der ausdrücklichen.

§. 185.

Wegen eines Irrthums im Beweggrund zum Abschluß eines Vertrages kann nur Derjenige, welcher unentgeltlich eine Verpflichtung übernimmt, den Vertrag anfechten, sofern die Verpflichtung nur in Folge des irrigen Beweggrundes übernommen wurde und dies dem Berechtigten beim Abschluß des Vertrages bekannt war oder ihm der Irrthum des Andern nicht unbekannt sein konnte.

Daß bei entgeltlichen Verträgen ein Irrthum im Beweggrunde ohne Einfluß auf die Rechtsgültigkeit des Vertrages ist, wird ausdrücklich ausgesprochen im A. L. R. I. 4.:

§. 149. Bei Willenserklärungen, woraus gegenseitige Rechte und Verbindlichkeiten entstehen, giebt ein Irrthum im Beweg-

grunde dem Irrenden niemals ein Recht, von seiner Erklärung wieder abzugehen.

und im O. G. B.:

Dergleichen Aeußerungen (Angabe des Beweggrundes) haben auf die Gültigkeit entgeltlicher Verträge keinen Einfluß. §. 901.

Was die unentgeltlichen Verträge anbelangt, so erklärt das Römische Recht den Irrthum im Beweggrunde für wirkungslos:

Id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. l. 65. §. 2. D. 12. 6.

Das A. L. R. hat den im Römischen Recht bezüglich der Legate geltenden Grundsatz:

sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisset. l. 72. §. 6. D. 35. 1. l. 1. C. 6. 44.

auf alle Arten der einseitig verpflichtenden Willenserklärungen ausgedehnt, indem es bestimmt I. 4.:

§. 150. Hingegen sind Willenserklärungen, woraus nur der, zu dessen Gunsten sie geschehen, allein den Vortheil ziehen würde, unkräftig, sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen ist.

Aus dieser Generalisirung ist zu erklären, weshalb das A. L. R. auch bei Verträgen eine ausdrückliche Angabe des Beweggrundes fordert.

In Anwendung jener Bestimmung kann eine belohnende Schenkung, wenn:

die Handlung oder der Dienst, die durch das Geschenk belohnt werden sollen, bestimmt angegeben sind. §. 1175. I. 11.

zurückgenommen werden,

wenn ausgemittelt wird, daß der Beschenkte die Handlung nicht gethan, oder den Dienst nicht geleistet habe.

Das O. G. B. bestimmt:

Bei den unentgeltlichen Verträgen sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden. §. 901.

d. h. der Vertrag bleibt gültig,

es wäre denn erweislich, daß der Wille sich zu verpflichten, einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe.

Dabei ist vorausgesetzt, daß der Beweggrund angegeben sei. §. 372. (Dergleichen Aeußerungen.)

Der Code Napoléon gestattet den Widerruf einer Schenkung wegen Irrthums im Beweggrunde nicht, sondern nur, wenn der Beweggrund als Bedingung beigefügt ist:

pour cause d'inexécution des conditions sous les quelles elle aura été faite. Art. 953.

Der Irrthum im Beweggrund kann zugleich ein Irrthum in der Person sein. Ein solcher Irrthum ist ganz wie der Irrthum im Beweggrund zu behandeln, namentlich auch, wenn der Irrthum nicht eine Begebenheit oder Thatsache, sondern irgend etwas der Person des Berechtigten Eigenthümliches betrifft z. B. eine bestimmte verwandtschaftliche Beziehung zum Verpflichteten.

Nach der Definition des Beweggrundes im A. L. R.:

wenn eine gewisse Begebenheit oder Thatsache als eine solche, die entweder schon geschehen ist, oder noch geschehen soll, vorausgesetzt ist. §. 145. I. 4.

würde ein Irrthum, welcher etwas der Person Eigenthümliches betrifft, kein Irrthum im Beweggrunde sein.

Es ließe sich sogar dieser Fall unter die allgemeine Bestimmung bringen, wonach eine Willenserklärung ungültig ist,

wegen Irrthums in der Person Desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellet, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt sein würde. §. 76. I. 4.

Es würde also in einem solchen Falle, auch wenn das Motiv nicht angegeben ist, eine Anfechtung des Vertrages wegen Irrthums zulässig sein.

Es ist aber wohl anzunehmen, daß man nicht beabsichtigt hat, zwischen dem Beweggrund im engeren Sinne und dem auf irgend einer Eigenthümlichkeit der Person des Berechtigten beruhenden Motiv einen Unterschied zu machen.

Das O. G. B. definirt den Begriff des Beweggrundes nicht. Es ist in gleicher Weise anzunehmen, daß die bezüglich des Irrthums in der Person gegebene Vorschrift, §. 873, nicht in Anwendung zu bringen ist, wenn es sich um einen Irrthum im Motiv im allgemeinen Sinne handelt.

Die Bestimmung des Art. 1110 im Code Napoléon ist ebenfalls auf den Irrthum im Motiv nicht anzuwenden, namentlich auch deshalb, weil nach dem Code Napoléon die donation nicht unter den Begriff der Contrats gestellt wird.

b. Aufhebung des Vertrages wegen mangelhafter Erfüllung.

Die Nichtgewähr des Versprochenen und die dem Vertrage nicht entsprechende Erfüllung berechtigt nach Grundsätzen des strengen Rechts den Verletzten nicht, den Vertrag aufzuheben, also auch seinerseits nicht zu erfüllen, resp. die geleistete Erfüllung zurückzufordern, sondern der Verletzte kann geeigneten Falles nur Entschädigung fordern. Soll er auch das Recht haben, den Vertrag aufzuheben,

so muß ihm dies Recht durch ausdrückliche Verabredung beigelegt sein.

Im wirklichen Recht wird jedoch davon ausgegangen, daß bei einem entgeltlichen Vertrage eine Wechselbeziehung zwischen den gegenseitigen Leistungen auch ohne ausdrückliche Verabredung anzunehmen ist. Es wird daher der Grundsatz aufgestellt:

> Wenn bei einem entgeltlichen Vertrage der eine Kontrahent das Versprochene nicht gewährt oder schuldbarer Weise seine Verpflichtung in einem wesentlichen Punkte nicht erfüllt, so hat der andere Kontrahent das Recht, den Vertrag aufzuheben, also auch seinerseits die Erfüllung zu verweigern, resp. das Geleistete zurückzufordern.

Ein kontraktwidriges Verhalten kann namentlich auch darin liegen, daß Jemand eine ihm anvertraute fremde Sache mißbraucht. Auch in einem solchen Falle würden nach strengem Recht nur Ansprüche auf Entschädigung entstehen. Im wirklichen Recht wird jedoch auch ohne ausdrückliche Verabredung dem andern Kontrahenten das Recht gegeben, wegen Mißbrauchs der anvertrauten Sache den Vertrag aufzuheben, und zwar einen unentgeltlichen Vertrag, sobald nur überhaupt ein Mißbrauch gegen die Bestimmung des Vertrages statt hat, einen entgeltlichen Vertrag aber, sofern aus dem Mißbrauch für den andern Kontrahenten ein wesentlicher Schaden folgt.

α. Wegen Nichtgewähr des Versprochenen.

§. 186.

Wenn ein Kontrahent die ihm aus einem entgeltlichen Vertrage obliegende Gewähr nicht leistet, so hat der andere Kontrahent das Recht, den Vertrag aufzuheben.

Im Römischen Recht ging die actio empti

a) im Fall der Eviktion nur auf das Interesse:

> quanti ejus interest hominem venditoris fuisse. l. 8. D. 21. 2.

nicht auf Aufhebung des Vertrages resp. Rückgabe des Kaufgeldes:

> non quantum pretii nomine dedisti. l. 23. C. 8. 45.

Daß in dem Falle:

> si pars sit pretii soluta et res tradita postea evicta sit,

nicht das pretium rei, sondern das theilweise gezahlte Kaufgeld, einzuklagen war, hat darin seinen Grund, daß in diesem Falle das

Eigenthum der Sache noch nicht auf den Käufer übergegangen war, (nondum est ex empto actio.) l. 13. §. 8. 9. D. 19. 1.

Auch im Falle des Tausches ging die Klage nur auf das Interesse:

quanti interest. l. 29. C. 8. 45.

ebenso im Falle des Vertrages:

do, ut facias. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

b) Im Falle der Nichtgewähr der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Eigenschaften ging die actio empti ebenfalls nur auf das Interesse:

quanti emptoris interfuit

oder:

quanti minoris esset empturus. l. 13. pr. §§. 1. 2. 3. D. 19. 1.

Erst in Folge des Aedilitischen Edikts wurde eine Klage auf Aufhebung des Vertrages gegeben.

In einem der gewöhnlichsten Verträge des bürgerlichen Verkehrs, nämlich beim Kauf der mancipia und jumenta erwiesen sich die gewöhnlichen Klagen als nicht ausreichend. Nur im Falle des dolus konnte mit der actio empti auf Aufhebung des Vertrages geklagt werden. Es machte sich aber das Bedürfniß fühlbar, den Käufer in ungewöhnlicher Weise zu schützen, auch wenn ein dolus des Verkäufers nicht erweisbar war:

ut occurratur fallaciis vendentium, et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint. l. 1. §. 2. D. 21. 1.

hoc edictum fallaciis venditorum occurrit; ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur. l. 37. l. c.

ne emptor decipiatur. l. 1. §. 6. l. 38. §. 2. l. c.

Von diesem Gesichtspunkt aus legten die Aedilen dem Verkäufer die Verpflichtung auf, sich beim Verkauf darüber auszusprechen, welche morbi und vitia das mancipium und jumentum habe:

qui mancipia vendunt, certiores faciunt emptores, quid morbi vitiive cuique sit ... eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiando. l. 1. §. 1. l. c.

eademque omnia in venditione pronuntiando. eod. l. c.

qui jumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit. l. 38. pr. l. c.

praedicere jubetur. l. 32. l. c.

Dieser Verpflichtung konnte in doppelter Weise zuwidergehandelt werden.

1) Durch Verschweigen vorhandener Fehler:

si mancipium adversus ea venisset. l. 1. §. l. c.

si quid ita factum non erit (bei jumentis). l. 38. pr. D. 21. 1.

2) Durch falsche Versicherungen:

sive adversus quod dictum promissumve fuerit, cum veniret, fuisset. l. 1. §. 1. l. c.

contra dictum promissumve. l. 38. §. 10. l. c.

In beiden Fällen gaben die Aedilen eine Klage auf Aufhebung des Vertrages oder Minderung des Preises; bei jumentis schon nach den Worten des Edikts:

morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris, cum venirent, fuerint, in anno judicium dabimus. l. 38. pr. l. c.

bei mancipiis nach den Worten des Edikts:

ut id mancipium redhibeatur. l. 1. §. 1. l. c.

in Folge der Interpretation auch:

quanti minoris. l. 19. §. 6. l. c.

Diese Rechtsmittel wurden weiter ausgedehnt.

1) Das Edikt berücksichtigt nur morbus und vitia; später wurden Mängel jeder Art berücksichtigt, der Gegenstand mußte überhaupt sanus und integer sein. l. 11. §. 4. D. 19. §. 1. l. 27. l. c.

2) Nach dem Edikt galt das Rechtsmittel nur bezüglich der mancipia und jumenta. Später erweiterte man es auf omne pecus. l. 38. §. 5. D. 21. 1. auf omne animal. l. 48. §. 6. l. c. und endlich auf Sachen jeder Art caeterarum quoque rerum, tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes. l. 1. pr. l. c., namentlich auch auf den fundus. l. 49. l. c. l. 4. C. 4. 58.

Daher wird gesagt:

qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest. l. 19. §. 2. D. 21. 1.

ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus. eod. l. c.

Ob auch mit der actio empti auf redhibition geklagt werden konnte, kann dahin gestellt bleiben. l. 11. §. 3. D. 19. 1. l. 19. §. 2. D. 21. 1.

3) Ursprünglich stand das Rechtsmittel nur dem Käufer zu, später dehnte man es aus auf den Tausch (si quis permutaverit. l. 19. §. 5. l. c.) und den Kauf eines usus fructus (si usum fructum emerem. l. 48. §. 6. l. c.)

Bezüglich der locatio conductio sagt Ulpian:

Cur autem de locationibus nihil edicatur, mirum videbatur; haec tamen ratio redditur, vel quia nunquam istorum de hac re fuerat jurisdictio, vel quia non similiter locationes, ut venditiones, fiunt. l. 63. l. c.

Der Grund lag wohl einfach darin, daß für den Fall der locatio conductio ein solches Rechtsmittel nicht als nöthig erschien, weil schon nach Civilrecht mit der actio conducti wegen Unbrauchbarkeit der Sache auf Aufhebung des Kontrakts geklagt werden konnte.

Das Rechtsmittel fand demzufolge statt:

1) wenn Jemand der Sache eine Eigenschaft beilegte, welche sie nicht besaß;

2) wenn Jemand Mängel verschwieg, welche den gewöhnlichen Gebrauch der Sache wesentlich beeinträchtigen:

si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat. l. 1. §. 8. D. 21. 1.

ita ut in eo usus nullus sit. l. 4. §. 3. l. c.

qui usum ejus ad id facit deteriorem, cujus causa natura nobis corporis sanitatem dedit. l. 1. §. 7. l. c.

si ob eam rem eo minus uti possit. l. 10. pr. l. c.

Unwesentliche Mängel wurden dagegen nicht beachtet:

dummodo meminerimus, non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. l. 1. §. 8 .l. c.

Bei Grundstücken wurde namentlich als ein wesentlicher Mangel hervorgehoben:

si pestilens fundus. l. 49. D. l. c.

si pestibilis fundus, i. e. pestibiles herbas vel lethiferas habens. l. 4. C. 4. 58.

Allein entscheidend war der Zustand der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses:

cum venirent. l. 38. pr. D. 21. 1.

Es konnte daher nicht auf redhibition geklagt werden:

si quid post venditionem traditionemque deterius factum erit. l. 1. §. 1. l. 54. l. c. l. 4. C. 4. 58.

Dagegen hinderte der Untergang der Sache nicht die einmal begründete Klage:

post mortem autem hominis aedilitiae actiones manent. l. 47. §. 1. D. 21. 1.

si tamen sine culpa actoris, familiaeve ejus, vel procuratoris mortuus sit. l. 48. pr. l. 38. §. 3. l. c.

War aber der Mangel behoben, so fiel die Klage fort:

quod ita sanatum est, ut in pristinum statum restitueretur, perinde habendum est, quasi nunquam morbosum esset. l. 16. l. c.

2) Im Falle der locatio conductio ging die actio ex conducto im Falle der Nichtgewähr des zu Gewährenden auf Auflösung des Vertrages für die Zukunft:

competit autem ex conducto actio, si re, quam con-

duxit, frui ei non liceat, forte quia possessio ei aut totius agri, aut partis non praestatur, aut villa non reficitur, vel stabulum, vel ubi greges stare oporteat, vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. l. 15. §. 1. D. 19. 2.

Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur, quae convenerant. l. 24. §. 4. l. c.

Abgesehen von dem Anspruch auf Entschädigung hatte der Conduktor den Anspruch:

mercedem remittere aut reddere. l. 33. l. c.

und im Falle einer theilweisen Nichtgewähr:

deductio ex mercede. l. 27. D. l. c.

Auch dabei galt der Satz, daß nur wesentliche Mängel eine Aufhebung des Vertrages rechtfertigen:

habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte coenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet. Ea enim conditione habitatorem esse, ut si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret; non ita tamen, ut eam partem coenaculi dominus aperuisset, in qua magnam partem usus habitator haberet. eod. l. c.

Das A. L. R. giebt sowohl im Falle der Eviktion als im Falle der Nichtgewähr der zu gewährenden Eigenschaften einen Anspruch auf Aufhebung des Vertrages. Es sagt:

a) ür den Fall der Eriktion bezüglich des Kaufs:

so muß ihm der Verkäufer das gezahltete Kaufgeld zurückzahlen. §. 161. 1. 11.

und beim Tausch:

§. 368. Doch muß der Geber der fremden Sache, insofern er überhaupt zur Vertretung verpflichtet ist, dem Empfänger, welchem diese Sache ganz entzogen worden, die von ihm dafür erhaltene Sache zurückgeben.

Den Fall,

wenn durch den Anspruch des Dritten nicht die ganze Sache, sondern nur ein Theil oder Pertinenzstück oder eine damit verkaufte Gerechtigkeit dem Käufer entzogen worden. §. 164. 1. 11.

stellt das A. L. R. unter den Gesichtspunkt der Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften. Der Verletzte hat also nicht unbedingt, wie Koch meint (II. 402.), die Wahl zwischen der actio redhibitoria und der Klage auf Eviktionsleistung, sondern nur, sofern er nach den Grundsätzen von der Gewährleistung wegen fehlender Eigenschaften dies Recht hat.

b) Für den Fall der Nichtgewähr der zu gewährenden Eigenschaften, und zwar:

1) der ausdrücklich versprochenen Eigenschaften:

α) einer Sache I. 5.:

§. 326. Kann der Geber die fehlende Eigenschaft nicht gewähren, so kann der Uebernehmer von dem Kontrakte wieder abgehen.

namentlich also im Falle des Kaufs §. 198. I. 11., und der Fertigung eines Werkes §. 953. I. 11.

) der Person:

Die Herrschaft kann das Gesinde ohne Aufkündigung entlassen, wenn dem Dienstboten diejenige Geschicklichkeit gänzlich mangelt, die er auf Befragen bei der Vermiethung ausdrücklich angegeben hat. Gesinde-Ordn. v. 8. Novbr. 1810. §. 131.

2) Im Falle der Nichtgewähr stillschweigend bedungener Eigenschaften ꝛc.

a) einer Sache I. 5.:

findet alles statt, was von dem Mangel einer solchen Eigenschaft, deren Gewährung ausdrücklich versprochen worden (§§. 325—328.) vorgeschrieben ist. §. 331.

namentlich im Falle des Kaufs §. 193. I. 11., des Tausches §. 364. I. 11., der Fertigung eines Werkes §. 951. I. 11.

Entscheidend ist der Zustand der Sache zur Zeit der Uebergabe.

Die Bestimmung, daß eine Aufhebung des Vertrages nicht statt hat,

wenn der Empfänger die Sache in dem Stande, in welchem er sie empfangen hat, nicht zurückgeben kann. §. 327. 328. I. 5.

bezieht sich nur auf den Fall einer Veränderung der Substanz, denn Verbesserungen und Verschlimmerungen hindern nicht die Aufhebung des Vertrages. §. 337. I. 5.

Ist die Sache untergegangen, so findet die Aufhebung des Vertrages nicht statt. §. 328. I. 5.

Im Falle des Mieth- und Pachtvertrages unterscheidet das A. L. R.:

1) die Entziehung des Gebrauchs.

Es entsteht, wenn der Miether oder Pächter durch höhere Gewalt oder einen nicht in seiner Person sich ereignenden Zufall des Gebrauchs entsetzt worden ist, und zwar:

α) bei Miethung eines Gebäudes:

des Gebrauchs ganz oder zum Theil auf längere Zeit als einen Monat. §. 299. I. 21.

β) bei Pacht einer Gerechtigkeit oder einer nutzbaren (unbeweglichen) Sache, die kein Landgut ist:

zur Ausübung seines Nutzungsrechts auf drei Monate völlig außer Stand gesetzt. §§. 300. 301.

γ) bei Pacht eines Landguts:

auf ein oder mehrere Jahre völlig außer Stand gesetzt worden. §. 307.

ein Anspruch auf verhältnißmäßigen Erlaß vom Zinse §§. 299—307. (Bei Mühlen ꝛc. §§. 540. ff.).

2) Im Falle der Unbrauchbarkeit der Sache:

a) Wenn die vermiethete oder verpachtete Sache nicht in brauchbarem Stande überliefert wird, so kann der Miether und Pächter:

die Annahme verweigern und von dem Vertrage ganz abgehen. §. 273.

b) Wenn nach der Uebergabe:

α) die gemiethete Sache zu dem bestimmten Gebrauche ganz oder doch größtentheils ohne Verschulden des Miethers untüchtig geworden,

so kann der Miether noch vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit von dem Vertrage wieder abgehen. §. 383.

β) Bei Pachtungen wird dieser Fall nicht speziell erwähnt, sondern nur, wenn:

der gewöhnliche Ertrag des Guts durch außerordentliche Unglücksfälle beträchtlich vermindert worden. §. 478.

ein Nachlaß am Zinse gewährt.

Soweit es sich um stillschweigend bedungene Eigenschaften einer Person handelt, wird verordnet:

Wenn ein Arbeiter untüchtig befunden wird, kann er vor Ablauf der bestimmten Zeit entlassen werden. §. 907. 1. 11. A. L. R.

namentlich:

Vor Ablauf der Dienstzeit, aber doch nach vorhergegangener Aufkündigung, kann die Herrschaft einen Dienstboten entlassen,

wenn demselben die nöthige Geschicklichkeit zu den nach seiner Bestimmung ihm obliegenden Geschäften ermangelt. Gesinde-Ordn. vom 8. Novbr. 1810. §. 143. Nr. 1.

Das O. G. B. giebt sowohl im Falle:

der Veräußerung einer fremden Sache,

als im Falle:

ausdrücklich oder stillschweigend bedungener Eigenschaften §. 923.

sofern:

der die Gewährleistung begründende Mangel von der Art

ist, daß er nicht mehr gehoben werden kann, und daß er den ordentlichen Gebrauch der Sache verhindert,

einen Anspruch auf:

gänzliche Aufhebung des Vertrages. §. 932.

Entscheidend ist also der Zustand der Sache zur Zeit der Uebergabe.

Im Falle des Pacht- und Miethvertrages ist:

der Bestandnehmer berechtigt, auch vor Ablauf der ausdrücklich oder stillschweigend bedungenen Zeit von dem Vertrage abzugehen:

1) wenn die bestandene Sache ihrer mangelhaften Beschaffenheit wegen zu dem ordentlichen Gebrauche untauglich ist;

2) wenn ein beträchtlicher Theil des Bestandstückes durch Zufall auf eine längere Zeit entzogen oder unbrauchbar wird;

3) oder wenn der Bestandgeber dasselbe nicht mehr in brauchbarem Stande erhält. §. 1117.

Der Code Napoléon giebt:

1) beim Kauf und Tausch:

a) en cas d'éviction

dem Käufer einen Anspruch auf:

restitution du prix. Art. 1630. 1.

dem Tauschenden das Recht:

de répéter sa chose. Art. 1705.

und:

Art. 1636. Si l'acquéreur n'est évincé que d'une partie de la chose, et qu'elle soit de telle conséquence, relativement au tout, que l'acquéreur n'eût point acheté sans la partie dont il a été évincé, il peut faire résilier la vente.

b) im Falle der défauts cachés hat der Käufer und Tauschende das Recht:

de rendre la chose et de se faire restituer le prix. Art. 1644.

2) im Falle der louages des choses:

a) im Falle der Eviktion:

Si au contraire le locataire ou le fermier ont été troublés dans leur jouissance par suite d'une action concernant la propriété du fonds, ils ont droit à une diminution proportionée sur le prix du bail à loyer ou à ferme. Art. 1726.

b) Im Falle der Unbrauchbarkeit hat der Pächter oder Miether nach allgemeinen Grundsätzen einen Anspruch

auf Aufhebung des Vertrages; speziell hervorgehoben werden:

α) theilweise Vernichtung der Sache, par cas fortuit:

Si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander ou une diminution du prix ou la résiliation même du bail. Art. 1722.

β) theilweise Entziehung des Gebrauchs wegen eines nöthigen Baues:

Si ces réparations durent plus de quarante jours, le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée, dont il aura été privé.

si les réparations sont de telle nature, qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du préneur et de sa famille, celui-ci pourra faire résilier le bail Art. 1724.

β. Wegen Nichterfüllung.

§. 187.

Wenn ein Kontrahent die ihm aus einem entgeltlichen Vertrage obliegenden Verpflichtungen in einem wesentlichen Theile schuldbarer Weise nicht erfüllt, so hat der andere Kontrahent, sofern er keine Schuld daran hat, das Recht, die Aufhebung des Vertrages durch den Richter zu verlangen.

Im Römischen Recht fehlte eine Veranlassung zu einer solchen Bestimmung.

Einerseits hatte kein Kontrahent das Recht, die Erfüllung unmittelbar zu erzwingen. Jeder Kontrahent konnte auf seine Gefahr die Erfüllung verweigern. Jeder Kontrahent konnte daher die unmittelbar aus dem Vertrage entspringende Verpflichtung willkürlich aufheben, vorbehaltlich der Ansprüche auf Entschädigung.

Andererseits war jeder Kontrahent gegen die aus der willkührlichen Nichterfüllung folgenden Gefahren durch spezielle Bestimmungen hinreichend gesichert.

1) Im Falle des Kaufs konnte zwar die übergebene Sache nicht zurückgefordert werden:

vendili actio, si non ab initio aliud convenit, non fa-

cile ad rescindendam perfectam venditionem, sed ad pretium exigendum competit. l. 6. C. 4. 49.

Gegen die Gefahr, die Sache zu verlieren und das Kaufgeld nicht zu erhalten, war der Verkäufer dadurch gesichert, daß er so lange Eigenthümer der Sache blieb, bis er Zahlung oder Sicherstellung erhielt:

si modo pretium est numeratum, aut eo nomine satisfactum. l. 11. §. 2. D. 19. 1.

oder freiwillig kreditirte:

si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit. §. 41. J. 2. 1.

2) Im Falle der locatio conductio konnte der Verpächter und Vermiether den Pächter und Miether aus dem Besitz setzen:

cum conductor biennii continui pensionem non solveret. l. 54. §. 1. D. 19. 2.

3) Im Falle der Innominatkontrakte konnte derjenige, welcher eine Sache übergeben hatte, nach den Grundsätzen der condictio ausa data causa non secuta:

quod ob rem datur, ex bono et aequo habet repetitionem. l. 65. §. 4. D. 12. 6. l. 5. §. 2. D. 19. 5.

im Falle der nicht erfolgenden Gegenleistung die gegebene Sache unbeschränkt zurückfordern, nicht bloß:

si alter rem nolit tradere. l. 1. §. 4. D. 19. 4.

sondern überhaupt:

si meum recipere velim. l. 5. §. 1. D. 19. 5.

si me poeniteat, condicere possum. l. 3. §. 2. 3. l 5. pr. §. 2. D. 12. 4.

si non facis, possum condicere; aut si me poeniteat, condicere possum. l. 3. §. 2. l. c.

sogar in dem Falle, wenn die Gegenleistung in Folge eines Zufalls unmöglich geworden war:

et cum per te non steterit, potest dici, repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id, quod datum est. l. 5. pr. l. c.

et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum. l. 16. l. c.

Das A. L. R. geht von einer ganz andern Ansicht aus.

Jeder Kontrahent hat das Recht, den andern zu zwingen, daß er die übernommene Verpflichtung erfülle. Aus der Aufstellung dieses Grundsatzes folgt nothwendig, daß das Gesetz die Fälle angebe, in welchen ein solcher Zwang nicht stattfindet. Das Gesetz thut dies dadurch, daß es die Fälle hervorhebt, in welchen die Aufhebung des Vertrages verlangt werden kann.

Um aber darüber keinen Zweifel zu lassen, ob der Vertrag be-

steht oder aufgehoben ist, weist es die Kontrahenten an, hierüber die gerichtliche Entscheidung anzugehen.

Die landrechtlichen Bestimmungen sind also an sich sachgemäß, nur in der Form sind sie mißlungen, und zwar deshalb, weil nach dem A. L. R. in der Regel nicht direkt auf Aufhebung des Vertrages zu klagen ist, sondern zunächst auf Erfüllung und erst nach Entscheidung dieses Prozesses dem einen oder andern Kontrahenten das Recht gegeben wird, den Vertrag aufzuheben.

Die landrechtlichen Bestimmungen gehen nämlich dahin:

1) Zunächst gehört gar nicht hierher der Fall, wenn die Kontrahenten den Willen haben, den Vertrag zu erfüllen, und:

über den eigentlichen Sinn und Umfang der im Kontrakt übernommenen Verbindlichkeiten uneins sind. §. 395. 1. 5.

und nur hierüber richterliche Entscheidung verlangen.

2) Dagegen gehört hierher ganz allgemein der Fall, wenn ein Theil die Erfüllung seiner im Vertrage übernommenen Verbindlichkeiten verweigert, und resp. Aufhebung des Vertrages fordert, weil der andere seine Verbindlichkeiten nicht gehörig erfüllt habe oder solchergestalt nicht erfüllen könne, und zwar ohne Unterschied, ob der Inhalt des Vertrages klar ist oder nicht. Mit Unrecht beschränkt deshalb das A. L. R. die bezüglichen Bestimmungen auf den Fall, wenn der Inhalt des Vertrages klar ist. §. 396.

Die bezüglichen Bestimmungen des A. L. R. gehen dahin:

der Weigerungsgrund muß gerichtlich untersucht werden. §. 396.

Es wird dann unterschieden:

a) Nach rechtskräftiger Entscheidung hat der obsiegende Theil, also derjenige,

welcher auf die Erfüllung antrug, §. 397.

sofern der Einwand verworfen wird,

oder derjenige,

welcher zur Erfüllung aufgefordert wurde, §. 399.

sofern seine Weigerung für erheblich geachtet wird, das Recht,

von dem Vertrage ganz abzugehen.

Dabei wird insbesondere verordnet:

§. 402. Werden die Ursachen, aus welchen ein Kontraheut seine Verbindlichkeit nach dem buchstäblichen Inhalt des Vertrages zu erfüllen verweigert hat, zum Theil unbegründet gefunden, so kann in der Regel kein Theil zurücktreten.

§. 403. Doch kann der Richter, wenn er findet, daß bei den über die Erfüllung des Vertrages entstandenen Weigerungen dem einen Theil ein Uebergewicht der Schuld zur Last falle, dem andern die Befugniß zum Rücktritt vorbehalten.

b) Abnorm und nicht zu rechtfertigen ist die Bestimmung:

daß der Obsiegende schon nach dem Urtel erster Instanz,

wenn er die Erörterung in den folgenden Instanzen vermeiden will, von dem Vertrage abgehen kann, wenn er sich mit einer geringeren Entschädigung begnügt. §. 404. ff.

Auf die vorstehenden allgemeinen Bestimmungen wird speziell verwiesen beim Kauf §. 231. I. 11., beim Tausch §. 364. l. c., bei Cession §. 381. l. c., und bei Pacht und Miethe §. 391. I. 21., jedoch mit folgenden Maaßgaben:

1) beim Kauf (Tausch und Cession) ist ein Rücktritt vom Vertrage nur zulässig, sofern eine Rückgabe der Sache noch möglich ist. §. 243. I. 11.

2) bei Pacht und Miethe ist nach vollzogener Uebergabe der Rücktritt nur auf Grund rechtskräftiger Entscheidung zulässig und nur nach vorheriger gesetzmäßiger Aufkündigung. §§. 392. 393. I. 21.

Außer dem allgemeinen Grundsatze enthält aber das A. L. R. noch einzelne allgemeine Bestimmungen über das Recht zum Rücktritt von Verträgen wegen mangelhafter Erfüllung. Man muß annehmen, daß in diesen Fällen der Vertrag schon durch einfache Willenserklärung aufgehoben wird.

Diese Fälle sind:

a) beim Kauf wird verordnet I. 11.:

§. 229. Bei Käufen über bewegliche Sachen unter 50 Thalern ist der Verkäufer vom Vertrage wieder abzugehen berechtigt, sobald die zur Abholung der Waare bestimmte Zeit verflossen ist.

Dieser Paragraph ist nur anwendbar, wenn der Käufer verpflichtet ist, die Waare abzuholen.

Man wird auch diese Bestimmung nicht analog auf den Tausch anwenden können, weil sie abhängig gemacht ist von der Verabredung eines Kaufpreises, und ebenso nicht analog auf Cession, weil eine Forderung keine Waare ist.

Das A. L. R. verordnet ferner:

§. 230. Ebenso kann der Verkäufer, wenn der Käufer die Zahlung des Kaufgeldes, welche er bei der Uebergabe baar zu leisten versprochen hat, nicht leistet, die Uebergabe verweigern und den Kontrakt aufheben.

Der Verkäufer behält das Recht auch:

nach erfolgter Uebergabe. §§. 224—226.

er verliert es nur dadurch,

daß er das Kaufgeld geborgt hat. §§. 224—226.

namentlich,

wenn er im Falle der bei der Uebergabe nicht geleisteten baaren Zahlung die gerichtliche Klage nicht innerhalb acht Tagen nach der Uebergabe anmeldet. §. 224.

Der Verkäufer ist zwar nicht so geschützt wie im Römischen Recht,

denn er bleibt nicht Eigenthümer der Sache, aber er ist doch insoweit gedeckt, als er einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe der Sache behält.

Uebrigens sind die vorstehenden Bestimmungen nicht auf den Fall zu beschränken,

wenn die Baarzahlung bei der Uebergabe ausdrücklich bedungen ist,

sondern auch auf den Fall anzuwenden,

wenn die Baarzahlung bei der Uebergabe stillschweigend vorbedungen ist. §. 221. 1. 11.

b) Beim Pacht- und Miethvertrage wird gesagt:

der Rückstand zweier Termine berechtigt den Verpächter oder Vermiether, dem andern Theil den Kontrakt noch vor Ablauf der bedungenen Zeit zu kündigen. §. 298. 1. 21.

Das A. L. R. verordnet aber ferner, nachdem es die einzelnen Gründe, weshalb von einem Pacht- und Miethverträge zurückgetreten werden kann, angegeben hat:

§. 391. Inwiefern auch bei Pachtungen und Miethungen eine vor oder bei der Uebergabe erfolgende Weigerung des einen Theils, den Kontrakt gehörig zu erfüllen, den andern zum Rücktritt berechtige, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Titels von Verträgen zu bestimmen. (Tit. V. §§. 393. ff.)

Ist der Kontrakt durch die Uebergabe einmal vollzogen, so tritt die schon erwähnte Beschränkung ein, daß der Rücktritt nur nach rechtskräftiger Entscheidung statt hat. §. 392.

Man wird annehmen müssen, daß in den speziell hervorgehobenen Fällen, welche sämmtlich unter den Gesichtspunkt der mangelhaften Gewähr fallen, der Pächter und Miether auf seine eigene Gefahr vom Vertrage abgehen kann; in den nicht speziell hervorgehobenen Fällen aber der Vertrag so lange als bestehend gilt, bis der Richter erkannt hat. Deshalb hat in letzteren Fällen auch erst eine demnächst erfolgende Kündigung rechtliche Wirkung. §§. 393. 394.

Das O. G. B. gestattet allgemein nur,

die genaue Erfüllung des Vertrages zu fordern. §. 919.

eine Aufhebung des Vertrages findet nur statt:

in den im Gesetz bestimmten Fällen,

also vornämlich in den schon erwähnten Fällen mangelhafter Gewähr.

a) Beim Kauf werden außerdem besondere Fälle nicht hervorgehoben; namentlich hat der Verkäufer nur das Recht:

die Uebergabe zu verweigern, wenn das Kaufgeld nicht gezahlt wird. §. 1062.

§. 1063. Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben, so ist die Sache auf Borg verkauft und das Eigenthum derselben geht gleich auf den Käufer über.

Der Verkäufer kann sich also nur durch Zurückhaltung der Sache sichern.

b) Beim Bestandvertrage kann der Bestandgeber die Aufhebung des Vertrages fordern:

wenn der Bestandnehmer nach geschehener Einmahnung mit der Bezahlung des Zinses dergestalt säumig ist, daß er mit Ablauf des Termins den rückständigen Bestandzins nicht vollständig entrichtet hat. §. 1118.

Der Code Napoléon geht von der Ansicht aus:

Art. 1184. La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrâts synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement.

er bestimmt jedoch dabei:

Dans ce cas, le contrât n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point exécuté a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

und:

la résolution doit être demandée en justice.

Der Richter also entscheidet, ob der Fall dazu angethan ist, die Aufhebung des Vertrages zu gestatten. Dem Richter ist die Befugniß beigelegt, Frist zu bewilligen:

et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.

Auch bei den demnächst speziell hervorgehobenen Fällen wird nur von einem Recht, die Aufhebung des Vertrages zu fordern, gesprochen.

Diese Fälle sind:

1) beim Kauf:

a) der Verkäufer verzögert die Uebergabe:

Art. 1610. Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra à son choix demander la résolution de la vente ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur.

also nur im Falle einer dem Verkäufer zuzurechnenden Verzögerung kann Resolution verlangt werden.

b) der Käufer zahlt nicht zur rechten Zeit:

Art. 1654. Sie l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente.

Handelt es sich um den Verkauf unbeweglicher Sachen so wird ferner verordnet:

Art. 1655. La résolution de la vente d'immeubles est prononcée de suite, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix.

Si ce danger n'existe pas, le juge peut accorder à l'acquéreur un délai plus ou moins long, suivant les circonstances.

Ce délai passé sans que l'acquéreur ait payé, la résolution de la vente sera prononcé.

Aus dieser Fassung ist zu entnehmen, daß im Falle des Verkaufs beweglicher Sachen niemals Frist zu bewilligen ist, und im Falle des Verkaufs unbeweglicher Sachen nur dann, wenn keine Gefahr für den Verkäufer vorliegt.

Für den Fall der Eviction der ganzen Sache und der défauts cachés ist es nicht nöthig, demander la résolution de la vente, wohl aber im Falle der éviction d'une partie de la chose. Art. 1636.

Auch ist ein Anrufen des Richters nicht erforderlich im Falle des:

Art. 1657. En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution de la vente aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement.

2) bei louage des choses findet sich nur die allgemeine Bestimmung:

Le contrât de louage se résout par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagement. Art. 1741.

d. h. der Vertrag wird nicht de plein droit aufgelöst, sondern es entsteht der Anspruch auf:

résiliation du bail,

und zwar auch in den Fällen der Gewährsmängel. Art. 1722. 1724.

§. 188.

Wenn der entgeltliche Vertrag die Leistung von Handlungen zum Hauptinhalt hat, so ist jeder Kontrahent berechtigt, die Annahme oder Leistung der Handlungen zu verweigern, vorbehaltlich richterlicher Entscheidung über die Entschädigung.

Im Römischen Recht folgt dieser Satz aus dem allgemeinen Grundsatz, daß jeder Kontrahent das Recht hat, die Erfüllung zu verweigern. Selbst nachdem dieser Grundsatz aufgegeben war, blieb es bei der Regel:

quia non facit, quod promisit, in pecuniam numeratam

condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. l. 13. §. 1. D. 42. 1.

Das A. L. R. hat zwar diesen Satz nicht aufgenommen. Es ist derselbe jedoch nicht ohne Einfluß bei der Abfassung des A. L. R. geblieben.

Es kann nämlich jeder Kontrahent, welcher die Handlungen nicht leisten oder annehmen will, den Vertrag aufheben, vorbehaltlich der Entscheidung über die Entschädigung (nämlich so lange noch kein Urtel auf Erfüllung ergangen ist).

Es sagt das A. L. R. I. 11.:

> §. 878. Wenn aber der eine Theil die versprochene Erfüllung weigert, so kann der andere von dem Vertrage sofort zurücktreten.

und I. 5.:

> §. 408. Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann derjenige, welcher behauptet, daß der Andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen.

Also wenn ein Theil zurücktreten will, so kann er dies willkührlich thun, und zwar nicht bloß wenn der Andere die Erfüllung weigert, sondern auch, wenn er nur vorgiebt, der Andere habe nicht gehörig erfüllt oder könne nicht gehörig erfüllen.

Außer vorstehender allgemeinen Regel enthält das A. L. R. noch einige einzelne Bestimmungen, nämlich:

1) Wenn ein gedungener Handarbeiter die Arbeit nicht verrichten will, so hat der Dingende das Recht, ihn zur Leistung der versprochenen Arbeit anzuhalten. §. 904. I. 11.

2) Wenn ein Arbeiter auf eine in sich oder durch Bezug auf die Vollendung eines gewissen Werkes bestimmte Zeit oder ein Werkmeister oder Künstler zur Verrichtung einer gewissen Arbeit gedungen worden:

   a) so kann der Dingende vor Ablauf dieser Zeit den Arbeiter, Werkmeister oder Künstler nur dann entlassen, wenn derselbe untüchtig befunden wird, oder sonst seiner Pflicht nicht Genüge leistet. §. 907. 920. l. c.

   b) Wenn in einem derartigen Falle die Arbeit unterbrochen wird, und zwar:

      α) Durch Verschulden oder freie Willkür des Dingenden, so kann der Arbeiter entweder von dem Vertrage abgehen, oder nach gehobenem Hinderniß die Arbeit fortsetzen. §§. 910. 911.

      β) durch Verschulden des Arbeiters, so kann der Dingende bei dem Vertrage stehen bleiben oder von dem Vertrage zurücktreten. §§. 913. 915.

Der Sinn dieser Bestimmungen ist jedoch nicht, daß in diesen Fällen der allgemeine Grundsatz des §. 408. l. c. ausgeschlossen sein soll, sondern im Falle einer erfolgten Weigerung der Annahme oder Leistung der Handlungen ist die Frage:

ob die Weigerung eine gegründete oder ungegründete war,

d. h. die Entschädigungsfrage nach jenen speziellen Bestimmungen zu entscheiden.

Wirkliche Ausnahmen des aufgestellten allgemeinen Grundsatzes finden sich dagegen:

1) beim Gesindevertrage, indem:

Gesinde, welches vor Ablauf der Dienstzeit ohne gesetzmäßige Ursache den Dienst verläßt, durch Zwangsmittel zu dessen Fortsetzung angehalten werden muß, sofern die Herrschaft dies will. §§. 167. 168. Gesinde-Ordn. v. 8. Novbr. 1810.

und:

eine Herrschaft, die aus anderen als gesetzmäßigen Gründen das Gesinde vor Ablauf der Dienstzeit entläßt, von der Obrigkeit dasselbe wieder anzunehmen und den Dienstvertrag fortzusetzen angehalten werden muß, und nur deren beharrliche Weigerung das Dienstverhältniß aufhebt. §§. 160. 161.

2) beim Vertrage über ein zu fertigendes Werk, denn das A. L. R. bestimmt:

der Besteller müsse das rechtzeitig gelieferte, tüchtig und vertragsmäßig gefertigte Werk annehmen und den Lohn zahlen. §§. 939. 940. 945.

Beide Ausnahmen sind auch wohl begründet, denn beim Gesindevertrage ist es wesentlich abgesehen auf ein bestimmtes dauerndes persönliches Verhältniß, nicht auf einzelne Dienstleistungen, und bei Fertigung eines Werkes nicht auf die Handlungen des Werkmeisters, sondern auf eine bestimmte zu fertigende Sache.

Das O. G. B. enthält von dem allgemeinen Grundsatz, daß aus jedem Vertrage auf Erfüllung geklagt werden muß, nur die Ausnahmen:

1) Arbeiter, welche auf eine bestimmte Zeit oder bis zur Vollendung eines gewissen Werkes bestellet worden sind, können ohne rechtmäßigen Grund vor verlaufener Zeit und vor vollendetem Werke weder die Arbeit aufgeben, noch verabschiedet werden. Wird die Arbeit unterbrochen, so verantwortet jeder Theil sein Verschulden. §. 1160.

Eine Aufhebung des Vertrages findet also statt aus rechtmäßigen Gründen und wegen verschuldeter Unterbrechung.

2) Nur bei wesentlichen Mängeln, die das Werk zum Gebrauche untüchtig machen oder der ausdrücklichen Bedingung zuwider laufen, ist der Besteller berechtigt, von dem Vertrage abzugehen. §. 1153.

Der Code Napoléon bestimmt:

Art. 1142. Toute obligation de faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution du débiteur.

d. h. es findet keine Klage auf Erfüllung statt. Der zur Leistung der Handlung Verpflichtete kann also willkührlich die Erfüllung verweigern, vorbehaltlich der Entschädigung.

Auch der Berechtigte kann nicht zur Annahme der Handlung gezwungen werden.

Namentlich wird gesagt:

Art. 1794. Le maître peut résilier par la seule volonté le marché a forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise.

γ. Wegen Mißbrauchs einer anvertrauten Sache.

αα. Eines unentgeltlichen Vertrages.

§. 189.

Wenn ein Kontrahent über eine ihm unentgeltlich nur zu einem bestimmten Zwecke anvertraute Sache in rechtswidriger Weise verfügt, so hat der andere Kontrahent das Recht, den Vertrag aufzuheben.

Das Römische Recht sagt:

Wer bezüglich einer ihm zu einem bestimmten Zwecke unentgeltlich anvertrauten Sache einen ihm nicht gestatteten Gebrauch macht:

sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur (si pignore creditor utatur. l. 54. pr. D. 47. 2.), sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est. §. 6. J. 4. 1.

qui alias re utitur. l. 5. §. 8. D. 13. 6.

qui jumenta sibi commodata longius duxerit. l. 40. D. 47. 2.

qui quid utendum accepit, ipse alii commodaverit. l. 54. §. 1. l. c.

der begeht einen Diebstahl,

furtum committit. §. 6., 7. J. 4. 1.

furtum facit. l. 40. D. 47. 2.

sofern er das nämlich mit dem Bewußtsein, gegen den Willen des Eigenthümers zu handeln, thut:

quod invito domino se facere scivit. l. 46. §. 7. D. 47. 2.

si se intelligant id invito domino facere. §. 7. J. 4. 1.

Er konnte daher außer mit der Kontraktsklage auch mit der actio furti belangt werden:

non solum commodati, verum furti quoque tenetur. l. 5. §. 8. D. 13. 6.

Nur der Eigenthümer aber konnte mit dem condictio furtiva klagen:

in furtiva re soli domino condictio competit. l. 1. D. 13. 1.

Die actio furti ging als Poenalklage auf das quadruplum oder duplum. §. 5. J. 4. 1., die Kontraktsklage auf das Interesse.

Im Falle des judicium pignoratitium wird in einem speziellen Falle ausdrücklich gesagt, daß der Vertrag aufgehoben wird:

quare si prostituit ancillam, vel aliud improbum facere coëgit, illico pignus ancillae solvitur. l. 24. §. 3. D. 13. 7.

Es wird dies als Folgerung aus dem Satze:

In pigneratitio judicio venit, et si res pignori datas male tractavit creditor, vel servos debilitavit.

bezeichnet. Man kann also wohl annehmen, daß allgemein der Grundsatz gilt:

pignus solvitur.

Bezüglich der übrigen Realverträge ist eine ausdrückliche gleiche Bestimmung nicht vorhanden.

Das A. L. R. verordnet:

1) beim Leihvertrage 1. 21.:

§. 237. Sobald der Leiher eigenmächtiger Weise die ihm geliehene Sache einem andern zum Gebrauche einräumt oder sie zu einem andern Zwecke, als wozu sie ihm gegeben worden, anwendet, ist der Verleiher dieselbe zurückzufordern berechtigt.

2) beim Pfandvertrage 1. 20.:

§. 126. Auch ist der Verpfänder, wider dessen Willen der Gläubiger das Pfand gebraucht hat, nach richterlichem Ermessen entweder die Leistung einer besonderen Caution gegen allen ferneren dergleichen Mißbrauch oder die gerichtliche Niederlegung auf Kosten des Gläubigers zu fordern berechtigt.

und:

§. 135. Wenn der Pfandinhaber das Pfand ohne Einwilligung des Verpfänders weiter versetzt hat, so ist letzterer befugt, dasselbe noch vor Ablauf des bedungenen Zahlungstermins durch vollständige Befriedigung des ersten Pfandinhabers, als seines eigentlichen Gläubigers, wieder einzulösen.

3) beim Verwahrungsvertrage findet Rückforderung jederzeit statt. Ist dies ausnahmsweise nicht der Fall §. 55. I. 14., so wird man dem Niederleger die Rückforderung im Falle des Mißbrauchs gestatten müssen.

4) Beim Verwaltungsvertrage wird verordnet 2. 20.:

§. 1348. Jeden Verwalter, der sich eines Betruges, einer groben Fahrlässigkeit oder eines feindseligen Betragens gegen seine Herrschaft schuldig macht, ist diese seines Amtes sofort zu entsetzen berechtigt.

Jedenfalls konnte nicht beabsichtigt sein, diese ins Civilrecht gehörige Bestimmung durch Einführung des Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 aufzuheben.

Das O. G. B. enthält eine bezügliche Bestimmung nur beim Leihvertrage:

§. 978. Wenn der Entlehner die geliehene Sache anders gebraucht, als es bedungen war, oder den Gebrauch derselben eigenmächtig einem Dritten gestattet, so ist er dem Verleiher verantwortlich und dieser auch berechtigt, die Sache sogleich zurückzufordern.

namentlich nicht beim Pfandvertrage. §§. 459. 460.

Der Code Napoléon dagegen erwähnt ein Recht der Rückforderung nur bei gage:

Art. 2082. Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé.

Dagegen nicht bei:

prêt à usage. Art. 1881.

Dagegen wird als strafbarer abus de confiance hervorgehoben, wenn derjenige, welcher:

à titre de dépôt ou pour un travail salarié, à la charge de rendre ou représenter, ou d'en faire en emploi déterminé

Sachen empfing, dieselben aura détourné ou dissipé. Art. 408. Code pénal.

ββ. Eines Pacht- und Miethvertrages.

§. 190.

Der Verpächter und Vermiether kann die Entsetzung des Pächters und Miethers fordern, wenn der Pächter oder Miether die Sache auf eine Weise mißbraucht, daß daraus eine erhebliche Beschädigung der Substanz zu besorgen ist.

Das Römische Recht erwähnt ausdrücklich nur den Fall:

aede, quam te conductam habere dicis . . . expelli non oportet nisi . . . tu male in re locata versata es. l. 3. C. 4. 65.

(Nov. 120. c. 8. betrifft einen ganz speziellen Fall.)

Das A. L. R. gestattet wegen Mißbrauchs die Entsetzung des Pächters oder Miethers I. 21.,

wenn aus dem Mißbrauche eine erhebliche Beschädigung der Substanz mit Grunde zu besorgen ist. §. 387.

namentlich bei Landgütern,

sobald der Pächter seinen Obliegenheiten in wirthschaftlicher Verwaltung des Guts dergestalt zuwiderhandelt, daß daraus nach dem durch das Gutachten Sachverständiger zu bestimmenden richterlichen Ermessen ein erheblicher Schaden für die Substanz des Gutes zu besorgen ist. §. 477.

Das O. G. B. sagt:

Der Bestandgeber kann die frühere Aufhebung des Vertrages fordern, wenn der Bestandnehmer der Sache einen erheblichen nachtheiligen Gebrauch davon macht. §. 1118.

Der Code Napoléon:

Art. 1729. Si le preneur emploie la chose louée à un usage, dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail,

namentlich bei baux à ferme:

Art. 1766. Si le preneur d'un héritage rural ne le garnit pas des bestiaux et des utensiles nécessaires à son exploitation, s'il abandonne la culture, s'il ne cultive pas en bon père de famille . . . ou, en général, s'il n'exécute pas les clauses du bail, et qu'il en résulte un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail.

Außerdem sagt das A. L. R.:

wenn derselbe die Sache zu einem andern als dem ausdrücklich bestimmten Gebrauche verwendet. §. 387.

und der Code Napoléon:

Si le préneur emploie la chose louée à un autre usage, que celui auquel elle a été destinée. Art. 1729.

und bei baux à ferme:

s'il emploie la chose à un autre usage que celui auquel elle a été destinée. Art. 1766.

2. Wegen veränderter Umstände.

Wegen veränderter Umstände kann nach Grundsätzen des strengen Rechts ein gültiger Vertrag nicht aufgehoben werden.

Im wirklichen Recht wird jedoch diese absolute Gültigkeit der Verträge nicht anerkannt, sondern es findet ausnahmsweise eine Aufhebung des Vertrages wegen veränderter Umstände statt.

Im Allgemeinen kann ein solches Recht zur Aufhebung eines gültigen Vertrages jedoch nur anerkannt werden, wenn von Haus aus der Vertrag nach ausdrücklicher oder stillschweigender Verabredung nur zur Erreichung eines bestimmten Endzwecks geschlossen und die Erreichung dieses Endzwecks in Folge der veränderten Umstände unmöglich wird.

In einem solchen Falle gilt als das Wesentliche des Vertrages der zu erreichende Endzweck und der Vertrag nur als ein Mittel zur Erreichung des Endzwecks.

Ein zweckloses Festhalten des Willens würde zu Härten führen. Es ist daher auch auf dem Mittel nicht zu bestehen, wenn die Erreichung des Zweckes unmöglich geworden ist.

Bezüglich einzelner bestimmter Verträge gelten demnächst noch besondere Grundsätze, so namentlich:

a) bei Schenkungen, im Falle der Verarmung des Schenkenden.
b) bei Verträgen, welche ein zeitdauerndes Rechtsverhältniß begründen, namentlich also:
   1) im Falle des Pacht- und Miethvertrages,
   2) im Falle des Gesinde-Dienstvertrages.

Letzterer Vertrag bleibt jedoch hier unberücksichtigt, weil er ein substanzielles Verhältniß zur Voraussetzung hat. Vergl. Gesinde-Ord. v. 8. Novbr. 1810. §. 144. Nr. 2. §. 147. Nr. 3. §. 149.

a. Im Allgemeinen.

§. 191.

Wenn ein Vertrag nach der ausdrücklichen oder aus der Natur des Geschäfts folgenden Verabredung nur zur Erreichung eines bestimmten Zweckes geschlossen wird, und die Erreichung dieses Zweckes in Folge einer unvorhergesehenen Veränderung der Umstände unmöglich wird, so kann derjenige Kontrahent, welcher den Vertrag zur Erreichung des bestimmten Zweckes geschlossen hat, Aufhebung des noch nicht erfüllten Vertrages verlangen.

Im Römischen Recht war eine solche Bestimmung nicht nöthig,

weil in keinem Falle die Erfüllung unmittelbar erzwungen werden konnte.

Da nach den Grundsätzen des A. L. R. in der Regel die Erfüllung des Vertrages erzwungen werden kann, so ist eine bezügliche Bestimmung nöthig.

Es bestimmt daher zwar im Allgemeinen I. 5.:

> §. 377. Außer dem Falle einer wirklichen Unmöglichkeit kann wegen veränderter Umstände die Erfüllung eines Vertrages in der Regel nicht verweigert werden.

es macht jedoch die Ausnahme:

> §. 378. Wird jedoch durch eine solche unvorhergesehene Veränderung die Erreichung des ausdrücklich erklärten oder aus der Natur des Geschäfts sich ergebenden Endzweckes beider Theile unmöglich gemacht, so kann jeder derselben von dem noch nicht erfüllten Vertrage wieder abgehen.

und:

> §. 380. Wird durch die Veränderung der Umstände nur der ausdrücklich erklärte oder sich von selbst verstehende Zweck des einen Theils ganz vereitelt, so kann derselbe vom Vertrage zurücktreten.

Anwendungen dieses Grundsatzes finden sich:

1) beim Lieferungsvertrage I. 11.:

> §. 984. Wenn wegen veränderter Umstände die besprochene Lieferung zu dem Zwecke, wozu der Besteller sie bedungen hat, unnütz oder unbrauchbar wird: so kann zwar derselbe den Vertrag widerrufen. . . .

Es findet sich jedoch dabei die Maaßgabe:

> §. 986. Soweit der Lieferant zur Zeit des Widerrufs die bestellte Sache ganz oder zum Theil bereits angeschafft hat, muß der Besteller sie annehmen, oder sich den öffentlichen Verkauf auf seine Gefahr und Kosten gefallen lassen.

2) Beim Darlehn im Falle des Versprechens eines Darlehns I. 11.:

> §. 656. Gegen eine solche Klage (auf Erfüllung des Versprechens) kann der Versprecher des Darlehns hauptsächlich mit dem Einwande der veränderten Umstände sich schützen. (Tit. V. §§. 360 sq)

> §. 657. Dahin gehört besonders, wenn nach dem Versprechen in den persönlichen oder Vermögensumständen des Borgers Veränderungen vorgefallen sind, wodurch die persönliche oder dingliche Sicherheit, auf welche der Leiher bei dem Versprechen Rücksicht genommen hat, geschmälert wird.

Das O. G. B. enthält eine bezügliche Bestimmung nur für den Fall:

der Verabredung künftig erst einen Vertrag schließen zu wollen.

Eine solche Verabredung ist unverbindlich,

wenn die Umstände inzwischen dergestalt verändert worden sind, daß dadurch der ausdrücklich bestimmte oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt oder das Zutrauen des einen oder andern Theils verloren wird. §. 936.

b. Speziell.

α. Widerruf einer Schenkung.

αα. Wegen Verarmung des Schenkenden.

§. 192.

Der Geschenkgeber hat das Recht vom Beschenkten Verzinsung des Werthes des Geschenkes zu fordern, insoweit als er der Zinsen bedarf, um den nothdürftigen Unterhalt zu haben und die Zinsen aus dem noch vorhandenen Werth des Geschenks entnommen werden können. Soweit der Beschenkte in Folge der Verzinsung sich und seiner Familie den nothdürftigen Unterhalt entziehen müßte, fällt das Recht des Geschenkgebers fort.

Im Römischen Recht hatte der Geschenkgeber nur das Recht, wenn auf Erfüllung des Geschenks geklagt wurde:

qui ex donatione convenitur cum ex causa donationis promissa pecunia est. l. 30. D. 42. 1.

ex rescripto Divi Pii

zu fordern, daß er nur:

in quantum facere potest. l. 12. D. 39. 5. l. 19. §. 1. D. 42. 1.

verurtheilt wurde. D. h.:

non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum (personarum) ratio habenda est, ne egeant. l. 173. pr. D. 50. 17.

ita ut et ipsi donatori aliquid sufficiens relinquatur. l. 30. D. 42. 1.

Das A. L. R. hat dagegen den im §. 192. aufgestellten Grundsatz ausgesprochen, jedoch nicht ganz deutlich:

Es sagt 1. 11.:

§. 1123. Der Geschenkgeber selbst kann, wenn er in Dürftigkeit gerathen ist, von dem Beschenkten Sechs vom Hundert von der geschenkten Summe oder dem Werthe der geschenkten Sache, als eine Kompetenz, jährlich fordern.

§. 1124. Soweit der Beschenkte sich selbst in Umständen befindet, wo er sich und seiner Familie den nöthigen Unterhalt würde entziehen müssen, um dem Schenkenden diese Kompetenz zu reichen, ist Letzterer dieselbe zu fordern nicht berechtigt.

Daß der Beschenkte nur soweit haftet, als die Zinsen aus dem noch vorhandenen Werth des Geschenkes entnommen werden können, ist nur indirekt ausgesprochen.

Einestheils heißt es:

§. 1125. Doch kann der Beschenkte unter diesem Vorwande sich nicht entbrechen, allenfalls auch die Substanz des Geschenks, soweit dasselbe oder dessen Werth bei ihm noch vorhanden ist, zur Ernährung des Geschenkgebers mit zu verwenden.

und andererseits:

§. 1126. Es steht aber auch dem Geschenknehmer frei, wenn er sich der Kompetenz für den Schenkenden ganz entschlagen will, das Geschenk selbst, soweit dasselbe oder sein Werth bei ihm noch vorhanden ist, herauszugeben.

Durch diese Herausgabe verliert jedoch der Beschenkte das Geschenk nicht gänzlich, sondern:

§. 1127. Diese Substanz wird zur Ernährung des Schenkenden, soweit sie dazu erforderlich ist, nach und nach verwendet, und auf einem etwaigen Ueberrest bleibt dem Geschenknehmer sein Recht vorbehalten.

Aus diesen Bestimmungen ist zu entnehmen:

daß der Beschenkte nie weiter haftet, als die Kompetenz aus der noch vorhandenen Substanz entnommen werden kann.

Soweit der Beschenkte aus der noch vorhandenen Substanz Zinsen oder Nutzungen bezieht, sind dieselben natürlich der Substanz zuzurechnen.

Das O. G. B. verordnet:

§. 947. Geräth der Geschenkgeber in der Folge in solche Dürftigkeit, daß es ihm an dem nöthigen Unterhalte gebricht, so ist er befugt, jährlich von dem geschenkten Betrage die gesetzlichen Zinsen, insoweit die geschenkte Sache oder derselben Werth noch vorhanden ist (d. h. also insoweit der noch vorhandene Werth dazu ausreicht) und ihm der nöthige Unterhalt mangelt, von dem Beschenkten zu fordern, wenn sich anders dieser nicht selbst in gleich dürftigen Umständen befindet.

§. 193.

Aeltere Geschenknehmer sind zur Verzinsung nur soweit verpflichtet, als der Geschenkgeber den nöthigen Unterhalt von den späteren Geschenknehmern nicht erhalten kann.

Das A. L. R. sagt I. 11.:

§. 1128. Hat der verarmte Geschenkgeber an mehrere Personen zu verschiedenen Zeiten Schenkungen gemacht, so ist der frühere Geschenknehmer zu seiner Ernährung nach obigen Grundsätzen nur insoweit verpflichtet, als die der Zeit nach späteren Geschenke dazu nicht hinreichen.

Das O. G. B.:

Aus mehreren Geschenknehmern ist der frühere nur insoweit verbunden, als die Beiträge der späteren zum Unterhalte nicht zureichen. §. 947.

ββ. Wegen groben Undanks des Beschenkten.

§. 194.

Der Geschenkgeber kann eine Schenkung widerrufen, wenn der Beschenkte sich in einer gesetzlich bestimmten Weise eines groben Undanks schuldig macht.

Das Römische Recht läßt den Widerruf zu, wenn Jemand ingratus ist l. 1. 7. 9. 10. C. 8. 56., und zwar nur certis ex causis. §. 2. J. 2. 7.

Ex his enim tantummodo causis etiam donationes in eos factas everti concedimus. l. 10. C. 8. 56.

Das A. L. R. gestattet den Widerruf „wegen groben Undanks" §. 1151. I. 11. und sagt:

§. 1152. Für einen groben Undank ist es anzusehen, wenn rc. rc.

Das O. G. B. gestattet den Widerruf wegen „eines groben Undanks" und sagt:

Unter grobem Undank wird . . . verstanden. §. 948.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 955. La donation entre vifs ne pourra être révoquée pour cause d'ingratitude que dans les cas suivans etc. etc.

γ. Aufhebung des Leihvertrages wegen eigenen Bedarfs der verliehenen Sachen.

§. 195.

Der Verleiher einer Sache kann dieselbe vor Ablauf der bestimmten Zeit zurückfordern, wenn ihm die Sache wegen einer Veränderung in seinen Umständen, die er zur Zeit der Verleihung nicht voraussehen konnte, unentbehrlich wird.

Das A. L. R. bestimmt I. 21.:

§. 235. Doch ist der Verleiher berechtigt, die Sache auch früher zurückzufordern, wenn ihm dieselbe wegen einer Veränderung in seinen eigenen Umständen, die er zur Zeit der Verleihung nicht voraussehen konnte, unentbehrlich wird.

Das O. G. B. dagegen sagt:

§. 976. Wenngleich die verlehnte Sache vor Verlauf der Zeit und vor geendigtem Gebrauche dem Verleiher selbst unentbehrlich wird; so hat er ohne ausdrückliche Verabredung doch kein Recht, die Sache zurückzunehmen.

Der Code Napoléon verordnet:

s'il survient au prêteur un besoin pressant et imprévu de sa chose, le juge peut, suivant les circonstances, obliger l'emprunteur à la lui rendre. Art. 1889.

δ. Aufhebung eines Miethvertrages.

αα. Wegen einer nothwendigen Reparatur der Sache.

§. 196.

Der Vermiether eines Hauses kann vor Ablauf der kontraktlichen Zeit Räumung Seitens des Miethers verlangen, wenn ein Bau nothwendig wird, welcher nicht ausgeführt werden kann, so lange der Miether im Besitz bleibt.

Das Römische Recht sagt:

aede, quam te conductam habere dicis . . . invitam te expelli non oportet, nisi . . . corrigere domum maluerit. l. 3. C. 4. 65.

und zwar anscheinend nicht bloß in dem Falle:

si vitiatum aedificium necessario demolitus esset. l. 30. pr. D. 19. 2.

propter vetustatem cogatur eam reficere. l. 35. pr. l. c.

sondern auch in dem Falle:

sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedeficare vellet. l. 30. pr. l. c.

Das A. L. R. verordnet I. 21.:

Der Vermiether kann wegen eines an der vermietheten Sache verfallenden nothwendigen Hauptbaues, welcher, so lange der Miether die Sache im Besitz hat, nicht geführt werden kann, auch vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit Räumung verlangen. §. 363.

Das O. G. B. bestimmt:

§. 1118. Der Bestandgeber kann die frühere Aufhebung des Vertrages fordern . . . wenn ein vermiethetes Gebäude neu aufgeführt werden muß. Eine nützliche Bauführung ist der Miether zu seinem Nachtheile zuzulassen nicht schuldig, wohl aber nothwendige Ausbesserungen.

Der Code Napoléon sagt nur:

Art. 1724. Si, durant le bail, la chose louée a besoin de réparations urgentes et qui ne puissent être différées jusqu'à sa fin, le preneur doit les souffrir.

ββ. Wegen Versetzung eines Beamten.

§. 197.

Wenn der Staat über die Person eines Beamten in einer solchen Weise verfügt, daß er von der gemietheten Wohnung keinen Gebrauch machen kann, so kann derselbe vor Ablauf der kontraktlichen Miethzeit kündigen.

Der Grund zu dieser Bestimmung liegt darin, daß für einen Beamten die Verfügung des Staats maaßgebend ist, und wer mit einem Beamten einen Miethsvertrag um eine Wohnung schließt, von Haus aus darauf gefaßt sein muß, daß der Kontrakt vor der verabredeten Zeit beendet wird. Wer sich dem nicht aussetzen will, dessen Sache ist es, sich durch ausdrückliche Verabredungen zu sichern.

Es ist aber diese Bestimmung auf den Fall der Miethe einer Wohnung zu beschränken. Läßt sich der Beamte auf die Miethung anderer Sachen nur zu seiner Annehmlichkeit ein, so fehlt es an

einem ausreichenden Grunde, ihm das Recht zu geben, den Vertrag zu brechen.

Ob die Verfügung des Staats mit oder ohne Zustimmung des Beamten erfolgt, muß gleichgültig sein.

Auf andere Personen diese Bestimmung anzuwenden, liegt keine Veranlassung vor.

Als Beamter aber ist Jeder anzusehen, welcher im Dienste des Staats steht, also auch der Soldat.

Das A. L. R. erwähnt daher angemessener Weise den Fall:

1) wenn bei entstehendem Kriege die Truppen ins Feld rücken — die dazu gehörigen Personen. §. 378. I. 21.

Dagegen ist zu allgemein die Bestimmung:

wenn der Miether, durch eine nicht freiwillige Veränderung in seiner Person oder Umständen, außer Stand gesetzt wird, von der gemietheten unbeweglichen Sache ferner Gebrauch zu machen. §. 376.

Anmerkung. Im Römischen Recht findet sich der Satz:

aede, quam te conductam habere dicis . . . invitam te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit. l. 3. C. 4. 64.

Dieser Satz ist aber ganz ungerechtfertigt.

Das A. L. R. bestimmt daher I. 21.:

§. 386. Wegen veränderter Umstände in der Person des Vermiethers findet vor Ablauf der kontraktmäßigen Zeit keine Aufkündigung statt.

und der Code Napoléon:

Art. 1761. Le bailleur ne peut résoudre la location, encore qu'il déclare vouloir occuper par lui-même la maison louée, s'il n'y a eu convention contraire.

s. Aufhebung eines Pachtvertrages wegen Krieges.

§. 198.

Im Falle eines ausbrechenden Krieges, wenn die ganze Armee in Bewegung gesetzt wird, kann der Verpächter oder Pächter eines Landgutes den Vertrag aufkündigen.

Das Römische Recht enthält keine bezügliche Bestimmung, denn daß der conductor keinen Zins zu zahlen braucht:

si timoris causa emigrasset, si causa timoris justa fuisset. l. 27. §. 1. D. 19. 2.

si justa ac probabili causa deseruerit. l. 55. §. 2. D. 19. 2.
si justus metus migrandi causam praebuerit. l. 28. D. 39. 2.

hat einen andern Grund, und ebenso fällt die Bestimmung, daß der conductor unter gewissen Voraussetzungen für Beschädigungen nicht zu haften braucht, wenn

exercitu veniente migravit conductor. l. 13. §. 7. D. 19. 2.

unter einen andern Gesichtspunkt.

Das A. L. R. verordnet I. 21.:

§. 553. Ist im Pachtkontrakte auf den Fall eines während der Pachtjahre entstehenden Krieges nichts verabredet, so soll, wenn dieser Fall eintritt, dem Verpächter sowohl als dem Pächter freistehen, den Vertrag aufzukündigen.

§. 554. Diese Befugniß findet jedoch nur statt, wenn die ganze Armee, und nicht blos ein oder anderes einzelnes Corps derselben, des entstehenden Krieges halber in Bewegung gesetzt wird.

Das O. G. B. erwähnt nur den Fall:

wenn eine in Bestand genommene Sache wegen Krieg gar nicht gebraucht oder benützt werden kann. §. 1104.

Zweites Kapitel.

Der Vertrag im Verhältniß zu dritten Personen.

Der Vertrag erzeugt unmittelbar nur ein Rechtsverhältniß zwischen den Kontrahenten.

Mittelbar kann aber der Vertrag auch in Bezug auf dritte Personen rechtliche Wirkung haben. Es ist dies in zweifacher Weise der Fall:

1) Es kann das zwischen bestimmten Personen bestehende Rechtsverhältniß durch Vertrag auf dritte Personen übertragen werden;
2) es kann ein Rechtsverhältniß in Folge seiner Dinglichkeit bezüglich dritter Personen von Wirkung sein.

Erster Titel.

Veränderung der Person des Berechtigten oder Verpflichteten durch Vertrag.

Es ist zu unterscheiden:

1) die Veränderung der Person des Verpflichteten,
2) die Veränderung der Person des Berechtigten.

Erste Abtheilung.

Veränderung der Person des Verpflichteten.

Eine Veränderung der Person des Verpflichteten kann nach Grundsätzen des strengen Rechts nur mit Zustimmung der ursprünglichen Kontrahenten, namentlich also nur mit Zustimmung des Berechtigten erfolgen.

Dieser Grundsatz ist im wirklichen Recht beibehalten worden. Auch das aus einem Vollmachtsvertrage dem Bevollmächtigten zustehende Recht zur Vertretung des Berechtigten ist dem Berechtigten gegenüber eine Verpflichtung. Es kann daher der Bevollmächtigte das Recht ohne Zustimmung des Berechtigten nicht einer dritten Person übertragen.

Es ist ferner der Berechtigte nicht verpflichtet, die ihm von einem Dritten angebotene Erfüllung einer Verpflichtung seines Kontrahenten anzunehmen. Der Berechtigte kann darauf bestehen, daß ihm die Erfüllung von dem Verpflichteten selbst geleistet werde.

Von diesem Grundsatz gilt im wirklichen Recht eine Ausnahme.

Wenn die Verpflichtung darin besteht, Eigenthum von Geld oder geldgleichen Papieren zu übertragen, so hat der Berechtigte gar kein Interesse dabei, wer ihm die Erfüllung leistet. Denn er wird in Folge der Uebertragung unbedingt Eigenthümer des übertragenen Geldes. Es ist rechtlich und thatsächlich ganz gleich, wer die Erfüllung leistet. Deshalb wird der Berechtigte verpflichtet, die Erfüllung anzunehmen.

In allen übrigen Fällen dagegen kann der Berechtigte ein Interesse dabei haben, daß ihm die Erfüllung gerade nur von dem Verpflichteten geleistet werde. Er hat daher das Recht, die Erfüllung durch jede dritte Person zurückzuweisen.

§. 199.

Ohne Einwilligung des Berechtigten darf die Person des Verpflichteten nicht geändert werden.

Im Römischen Recht konnte der Grundsatz:

> interventu novae personae nova nascitur obligatio, et prima tollitur translata in posteriorem. **§. 3. J. 3. 30.**

nur Anwendung finden, wenn die nova persona und der Berechtigte novirten:

> veluti si id, quod tibi Sejus debebat, a Titio dari stipulatus sis. eod. l. c.

> quod enim ego debeo, si alius promittat, liberare me potest, si novationis causa hoc fiat. **l. 8. §. 5. D. 46. 2.**

Der Berechtigte mußte also einwilligen, und zwar novandi animo, und es mußte

inter contrahentes expressum

sein,

quod propter novationem prioris obligationis convenerunt. §. 3. J. 3. 30.

Eine Einwilligung des Verpflichteten ist nicht wesentlich:

liberat me is, qui quod debeo promittit, etiamsi nolim. l. 8. §. 5. D. 46. 2.

Das A. L. R. sagt I. 14.:

§. 399. Wenn Jemand eine fremde Schuld statt des ersten Schuldners übernimmt (Expromission), so fällt alle Verbindung zwischen letzterem und dem Gläubiger hinweg.

§. 400. Zu dergleichen Uebernehmung wird aber allemal ein schriftlicher Vertrag und die ausdrückliche Einwilligung des Gläubigers erfordert.

Dagegen kann die Expromission:

ohne ausdrückliche Einwilligung des Schuldners

erfolgen. §. 406.

Das O. G. B. sagt:

Ein Dritter kann sich dem Gläubiger für den Schuldner verpflichten, wenn er mit Einwilligung des Gläubigers die Schuld als Alleinzahler übernimmt. §. 1344.

§. 1345. Wenn Jemand mit Einwilligung des Gläubigers die ganze Schuld eines Andern übernimmt, so geschieht keine Befestigung, sondern eine Umänderung der Verbindlichkeit.

Die Umänderung kann mit Hinzukunft einer dritten Person . . . eines neuen Schuldners geschehen. §. 1375.

§. 1400. Durch die Hinzukunft eines neuen Schuldners kann eine Umänderung der Verbindlichkeit entstehen, wenn der Schuldner an seine Stelle einen Dritten als Zahler stellt und den Gläubiger an ihn anweiset.

§. 1402. So lange diese dreifache Einwilligung (des Assignaten, Assignanten und Assignatars) nicht vorhanden ist, bleibt die Assignation unvollständig und sie ist nur für diejenigen Theile wirksam, die mit einander einverstanden sind.

Das O. G. B. erwähnt nicht ausdrücklich den Fall:

wenn ohne Zuziehung des Schuldners ein neuer Schuldner angenommen wird.

Der Code Napoléon sagt:

La novation s'opère lorsqu'un nouveau débiteur est substitué à l'ancien, qui est déchargé par le créancier. Art. 1271.

Art. 1274. La novation par la substitution d'un nou-

veau débiteur peut s'opèrer sans le concours du premier débiteur.

§. 200.

Das auf einen Vollmachtsauftrag gegründete Recht zur Vertretung des Machtgebers darf ohne Einwilligung desselben keinem Dritten übertragen werden.

Im Römischen Recht war im Falle des Mandats zu unterscheiden:

1) Bezüglich eines Prokurators galt der Grundsatz:

procuratorem ante litem contestatam facere procuratorem non posse.

d. h.:

ad agendum hoc facere non potest. l. 8. §. 3. D. 17. 1.

Quod quis sibi debitum exigere tibi mandavit ante litis contestationem tu alii petendum mandare non potes. l. 8. C. 2. 13.

2) In den anderweiten Fällen wurde durch eine derartige Uebertragung das Rechtsverhältniß zwischen dem Mandanten und Mandatar nicht geändert. Es blieb bei dem Grundsatz:

et ipse (der Mandatar) tenetur; tenetur autem, quia agere potest. l. 8. §. 3. D. 17. 1.

Das A. L. R. sagt in gleicher Weise 1. 13.:

§. 37. Wer einen Auftrag angenommen hat, ist ihn in der Regel selbst auszuführen verbunden. (vergl. §. 46.)

§. 38. Ueberträgt er das Geschäft ohne Einwilligung des Machtgebers einem Andern, so muß er für die Handlungen und Versehen desselben, wie für seine eigenen haften.

Dies gilt namentlich auch bezüglich eines Prozeßbevollmächtigten in Ansehung der eigentlichen Instruktionsverhandlungen. §. 55. 1. 3. A. G. O.

Das O. G. B. sagt:

§. 1010. Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf, so haftet er ganz allein für den Erfolg.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 1994. Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un.

§. 201.

Auch zur Annahme der von einem Dritten anstatt des Schuldners angebotenen Erfüllung der Ver-

pflichtung des Schuldners ist der Berechtigte nicht verpflichtet, ausgenommen, wenn es sich um eine Verpflichtung, Geld oder geldgleiche Papiere zu zahlen, handelt.

Im Römischen Recht wird jener Grundsatz als selbstverständlich nicht besonders ausgesprochen. Er gilt allgemein, auch bei eigentlichen Zahlungen. Nur das wird ausdrücklich gesagt, daß es auf die Einwilligung des Schuldners nicht ankommt:

solutione et inviti et ignorantes liberari possumus. l. 23. D. 46. 3.

Solvere pro ignorante et invito cuique licet, cum sit jure civili constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere. l. 53. l. c.

Solvendo quisque pro alio, licet invito et ignorante, liberat eum. l. 39. D. 3. 5.

Auch aus der Bestimmung, daß der fidejussor eines artifex, wenn:

specialiter actum est, ut suis operis id perficiat.

durch eigene Ausführung der Arbeit:

non consentiente stipulatore, non liberabit eum. l. 31. D. 46. 3. (den artifex nicht liberirt.)

ist nicht die Folgerung zu ziehen,

daß in anderen Fällen der Gläubiger die Zahlung durch einen Dritten annehmen müsse,

sondern es kann daraus nur gefolgert werden, was auch sonst feststeht:

daß der fidejussor anstatt des Schuldners erfüllen kann.

Das A. L. R. macht von jenem allgemeinen Grundsatze nur die Ausnahme I. 16.:

§. 49. Unter eben den Umständen, wo der Gläubiger von seinem Schuldner selbst Zahlung anzunehmen verbunden sein würde, kann er die Annahme derselben von einem Dritten, welcher statt des Schuldners zahlen will und in der Verwaltung seines Vermögens nicht eingeschränkt ist, nicht verweigern.

Diese Bestimmung ist auf den Fall der eigentlichen Zahlung zu beschränken, d. h.

Erfüllung durch Geld oder geldgleiche auf jeden Inhaber lautende Papiere. §. 28.

Eine Ausdehnung des §. 49. auf die Erfüllung anderweiter Verbindlichkeiten würde unangemessene Resultate herbeiführen.

Daß noch speziell bestimmt ist I. 11.:

§. 900. Der gedungene Arbeiter kann nur mit Einwilligung des Dingenden an seiner Statt einen Andern stellen.

und:

§. 928. In allen Fällen, wo ein Werk oder eine Arbeit einem Werkmeister oder Künstler angedungen worden, ist derselbe das Geschäft selbst auszuführen verbunden, und kann die Ausführung wider den Willen des Bestellers einem Andern nicht übertragen.

ist nicht zu schließen, daß in allen anderen Fällen Erfüllung durch einen Dritten, der nicht Bevollmächtigter des Verpflichteten ist, angenommen werden muß.

Natürlich gilt bezüglich der Zahlung der Satz 1. 16.:

§. 51. Wenn aber beide, der Gläubiger und Schuldner, der von einem Dritten angebotenen Zahlung widersprechen, so kann dieselbe dem Ersteren nicht aufgedrungen werden.

Das O. G. B. enthält zunächst die Bestimmung:

§. 1161. Nur in dringenden Umständen kann der bestellte Arbeiter oder Werkmeister das ihm aufgetragene Geschäft einem Andern anvertrauen.

und verordnet demnächst:

§. 1422. Kann und will ein Dritter anstatt des Schuldners mit dessen Einverständniß nach Maaß der eingegangenen Verbindlichkeit bezahlen, so muß der Gläubiger die Bezahlung annehmen.

Da es unter Zahlung:

die Leistung dessen, was man zu leisten schuldig ist. §. 1412.,

also Erfüllung überhaupt versteht, so hat der §. 1422. einen ganz allgemeinen Sinn und ist in diesem allgemeinen Sinne nicht zu rechtfertigen.

Auch im O. G. B. gilt natürlich der Satz:

§. 1423. Ohne Einwilligung des Schuldners kann dem Gläubiger die Zahlung von einem Dritten in der Regel nicht aufgedrungen werden.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 1237. L'obligation de faire ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui même.

also, wenn der Gläubiger kein Interesse dabei hat, muß er die Erfüllung annehmen. Eine derartige Unterscheidung ist abstrakt richtig, aber ihrer Unbestimmtheit wegen praktisch unbrauchbar.

Bezüglich aller übrigen Obligationen wird gesagt:

L'obligation peut même être acquittée par un tiers, qui n'y est point intéressé (als coobligé ou caution. Art. 1236.), pourvu que ce tiers agisse au nom et en l'acquit du débiteur, ou que, s'il s'agit en son propre nom, il ne soit pas subrogé aux droits du créancier. Art. 1236.

Danach, und mit Rücksicht auf Art. 1237. ist anzunehmen,
daß der Berechtigte die Erfüllung annehmen muß.
In dieser Allgemeinheit ist der Satz unrichtig.

Zweite Abtheilung.

Veränderungen in der Person des Berechtigten.

Nach Grundsätzen des strengen Rechts besteht jede Verpflichtung und jeder Anspruch nur zwischen bestimmten Personen, und es darf ohne Zustimmung des Verpflichteten die Person des Berechtigten nicht geändert werden.

Im wirklichen Recht wird dagegen von einem andern Gesichtspunkt ausgegangen. Forderungen und Ansprüche werden ein Gegenstand des Verkehrs. Dies geschieht dadurch, daß Forderungen und Ansprüche einer Person einer andern Person abgetreten werden. Wollte man diese Abtretung von der Zustimmung des Verpflichteten abhängig machen, so würde das Bedürfniß des Verkehrs nicht befriedigt werden. Es gilt deshalb die Regel:

> Forderungen und Ansprüche, welche überhaupt von einer bestimmten Person auf eine andere Person übertragen werden können, können ohne Zustimmung des Verpflichteten abgetreten werden.

Uebertragbar aber ist in der Regel jede Forderung und jeder Anspruch, welcher nicht aus einem besonderen Grunde ausschließlich an die Person des Berechtigten gebunden ist.

Nur ausnahmsweise also ist die Abtretung einer Forderung oder eines Anspruchs unzulässig.

Was namentlich die Forderungen und Ansprüche aus Verträgen und Rechtsverletzungen anbelangt, so sind:

a) die Forderungen und Ansprüche aus Verträgen in der Regel übertragbar, namentlich:
   1) die Forderung auf Uebertragung des Eigenthums und die Forderung auf Leistung von Handlungen. Soweit es jedoch bei der Leistung von Handlungen wesentlich auf die Person des Berechtigten abgesehen ist, z. B. beim Dienstbotenvertrage oder dem Vertrage, eine bestimmte Person zu portraitiren, ist die Abtretung unzulässig;
   2) die Forderung auf Gewährung eines Besitz-, Gebrauchs- oder Nutzungsrechts, sofern das Gebrauchs- oder Nutzungsrecht mit dem Besitz der Sache verbunden ist, ist dagegen in der Regel nicht übertragbar, und zwar deshalb, weil in derartigen Fällen der Berechtigte zugleich mittelbar verpflichtet ist, Verpflichtungen aber

ohne Zustimmung des Berechtigten nicht übertragen werden dürfen.

Nur wenn der Besitz als etwas Unwesentliches und das Gebrauchs- oder Nutzungsrecht als das, worauf es wesentlich abgesehen ist, erscheint, ist die Abtretung des Gebrauchs- und Nutzungsrechts gestattet.

b) Ansprüche aus Rechtsverletzungen, soweit sie auf Restitution des Besitzes und Entschädigung gehen, sind übertragbar, können also abgetreten werden.

Bei der Abtretung einer Forderung oder eines Anspruchs kommen, abgesehen:

1) von dem Recht zur Abtretung

noch in Betracht:

2) die Wirkung der Abtretung im Verhältniß des Abtretenden zum Cessionar und im Verhältniß des Abtretenden und Cessionars zum Schuldner, und die Wirkung eines Anerkenntnisses der Verpflichtung dem Cessionar gegenüber.

Endlich treten eigenthümliche Modifikationen hervor, wenn es sich:

3) um die Abtretung einer Forderung handelt, worüber eine schriftliche Urkunde besteht.

I. Allgemeiner Grundsatz.

§. 202.

Jede Forderung und jeder Anspruch, welche nicht aus einem besonderen Grunde an die Person des Berechtigten gebunden sind, kann in der Regel ohne Zustimmung des Verpflichteten abgetreten werden.

Es sagt daher das Römische Recht:

Delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante promittente debitore jure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. l. 1. C. 8. 42.

Das A. L. R. I. 11.:

§. 382. Alle Rechte, welche nicht an die Person des Inhabers gebunden sind, können Andern abgetreten werden.

und Einleitung:

§. 99. Rechte, welche an eine bestimmte Person oder an gewisse Eigenschaften derselben nicht gebunden sind, können von dem Einen auf den Andern übertragen werden.

I. 11.:

§. 409. Es ist daher auch die Einwilligung des Schuldners zur Gültigkeit der Cession an sich nicht nothwendig.

Das O. G. B.:

§. 1393. Alle veräußerlichen Rechte sind ein Gegenstand der Abtretung. Rechte, die der Person ankleben, folglich mit ihr erlöschen, können nicht abgetreten werden.

Der Code Napoléon setzt die Uebertragbarkeit der:

créances et autres droits incorporels

ohne Zustimmung des Verpflichteten voraus. Art. 1689. sq.

Die besonderen Gründe, in Folge deren eine Forderung oder ein Anspruch an eine bestimmte Person gebunden sind, können liegen in der Untrennbarkeit des Rechts von der Person, z. B. bei den persönlichen Rechten der Familienmitglieder gegeneinander, in dem Inhalt des Rechts, z. B. wenn die Leistung nur bezüglich einer bestimmten Person ausführbar ist, sowie in einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung.

Soweit jedoch die Abtretung eines an sich abtretbaren Rechts nur durch Vertrag ausgeschlossen ist, kommt es darauf an, inwieweit der Dritte diesen Vertrag, dem er nicht beigetreten ist, auch gegen sich gelten lassen muß. Diese Frage ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.

A. Abtretung des Besitzrechts beim Pfandvertrage.

§. 203.

Der Pfandgläubiger darf ohne Einwilligung des Verpfänders das ihm übertragene Besitzrecht einem Dritten nicht übertragen.

Im Römischen Recht galt diese Einschränkung nicht, denn es wird gesagt:

pignori rem pignoratam accipi posse. l. 13. §. 2. D. 20. 1.

etiam id, quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse. l. 1. C. 8. 24.

Natürlich konnte der creditor nur das Recht übertragen, welches er selbst hatte. Daher wird gesagt:

Si creditor possessionem, quae pignoris juri fuerat obligata, alii creditori pignori dedit, poteris eam soluto eo, quod ex hac causa creditori debetur recuperare. l. 2. C. 8. 24.

Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente

pecuniam, quam debuit, secundi pignorisne que persecutio dabitur neque retentio relinquitur. l. 40. §. 2. D. 13. 7.

Nach dem A. L. R. kann zwar das nicht mit einem Besitz verbundene Pfandrecht, also das hypothekarische und das Pfandrecht an einer Forderung, weiter verpfändet werden I. 20. §§. 136. 437. 438. 293. Soweit aber das Pfandrecht mit einem Besitzrecht verbunden ist, ist die weitere Verpfändung nicht zulässig. Es folgt dies einerseits daraus, daß der Pfandinhaber die Pflichten eines Verwahrers resp. Verwalters hat §§. 121. 150. A. L. R. I. 20.; §§. 24. 109. A. L. R. I. 14; andererseits wird ausdrücklich gesagt I. 20.:

§. 127. Ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpfänders ist der erste Pfandinhaber die ihm verpfändete bewegliche Sache weiter zu versetzen nicht befugt.

und:

§. 138. Hat der Pfandinhaber ohne besondere Einwilligung des Verpfänders den Besitz und die Verwaltung des Grundstücks einem Andern übertragen, so muß er dessen Handlungen gegen den Verpfänder gleich seinen eigenen vertreten.

Das O. G. B. enthält keine Beschränkung. Es heißt:

§. 454. Der Pfandinhaber kann sein Pfand, insoweit er ein Recht darauf hat, einem Dritten wieder verpfänden, und insofern wird es zu einem Afterpfande, wenn zugleich letzterer sich dasselbe übergeben oder die Afterverpfändung auf das Pfandrecht in die öffentlichen Bücher eintragen läßt.

Natürlich aber kann der Pfandgläubiger die ihm obliegende Verpflichtung nicht übertragen. Daher heißt es:

§. 460. Hat der Gläubiger das Pfand weiter verpfändet, so haftet er selbst für einen solchen Zufall, wodurch das Pfand bei ihm nicht zu Grunde gegangen oder verschlimmert worden wäre.

Nach dem Code Napoléon befindet sich das gage als ein dépôt beim Pfandgläubiger, und außerdem wird gesagt, daß das Pfandrecht nur so lange besteht, als die Sache:

est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties. Art. 2076.

Die Uebertragung des Besitzes an eine dritte Person ohne Zustimmung des Verpfänders hebt also das Pfandrecht auf.

B, Abtretung des Gebrauchsrechts.

1. Des unentgeltlich übertragenen.

§. 204.

Das unentgeltlich übertragene Gebrauchsrecht darf

ohne Zustimmung des Uebertragenden keiner dritten Person abgetreten werden.

Es folgt dies daraus, weil nicht einmal die Ausübung des Gebrauchsrechts ohne Zustimmung des Uebertragenden einem Andern überlassen werden darf.

Es sagt das Römische Recht:

Eum, qui quod utendum accepit ipse alii commodaverit, furti obligari responsum est. l. 54. §. 1. D. 47. 2.

Das A. L. R. 1. 21.:

§. 237. Sobald der Leiher eigenmächtiger Weise die ihm geliehene Sache einem Andern zum Gebrauch einräumt, ist der Verleiher dieselbe zurückzufordern berechtigt.

Das O. G. B.:

§. 978. Wenn der Entlehner den Gebrauch der geliehenen Sache eigenmächtig einem Dritten gestattet, so ist dieser (der Verleiher) berechtigt, die Sache sogleich zurückzufordern.

Der Code Napoléon enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Der Code pénal dagegen enthält eine Strafbestimmung für den Fall:

quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises etc., que ne lui auraient été remis à la charge d'en faire un usage ou en emploi déterminé. Art. 408.

2. Des Mieth- und Pachtrechts.

§. 205.

Der Miether und Pächter einer Sache ist nicht berechtigt, das ihm übertragene Gebrauchsrecht ohne Zustimmung des Vermiethers und Verpächters einem Andern zu übertragen. Der Pächter hat jedoch das Recht, einzelne Wirthschaftsrubriken oder Vorwerke in Unterpacht zu geben.

Das Römische Recht enthält keine bezügliche Beschränkung. Es sagt vielmehr:

Nemo prohibetur, rem, quam conduxit, fruendam, alii locare, si nihil aliud convenit. l. 6. C. 4. 65.

natürlich wird der Pächter dadurch von den ihm obliegenden Verpflichtungen nicht frei.

Das A. L. R. sagt 1. 21.:

§. 309. Der Miether einer Sache ist nicht befugt, den ihm

eingeräumten Gebrauch der Sache einem Andern ohne Einwilligung des Vermiethers zu überlassen.

§. 313. Auch der Pächter ist nicht befugt, ohne Einwilligung des Verpächters Unterpächter anzunehmen.

§. 314. Nur bei Pachtungen, welche mehrere Wirhschaftsrubriken oder Vorwerke unter sich begreifen, kann der Pächter einzelne Rubriken oder Vorwerke auch ohne ausdrücklichen Konsens des Verpächters in Unterpacht austhun.

natürlich aber wird dadurch der Pächter nicht von seinen Verpflichtungen frei.

Das O. G. B. enthält den unbestimmten Satz:

§. 1098. Miether und Pächter sind berechtigt, die Miethund Pachtstücke in Afterbestand zu geben, wenn es ohne Nachtheil des Eigenthümers geschehen kann.

Der Code Napoléon verordnet:

Art. 1717. Le preneur a le droit de sous-louer et même de céder son bail à un autre.

Er macht jedoch die eine Ausnahme:

Art. 1763. Celui, qui cultive sous la condition d'un partage de fruits avec le bailleur, ne peut ni souslouer ni céder.

3. Abtretung anderer Gebrauchs- und Nutzungsrechte.

§. 206.

Andere Gebrauchs- und Nutzungsrechte, welche Jemandem nur zum Bedarf für seine Person oder bestimmter Personen eingeräumt sind, dürfen ohne Zustimmung des Einräumenden einer dritten Person nicht übertragen werden.

Das Römische Recht unterscheidet:

1) Den ususfructus. Derselbe ist nicht zum Bedarf des Usufructuars eingeräumt. Eine wirkliche Cession des ususfructus hatte zwar den Verlust des Ususfructus zur Folge:

diximus, usumfructum a fructuario cedi non posse, nisi domino proprietatis; et si extraneo cedatur, id est ei, qui proprietatem non habeat, nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum. l. 66. D. 23. 3.

Es war dies jedoch nur eine Folge der eigenthümlichen Auffassung des Römischen Rechts. In jeder andern Form konnte der usufructuar sein Recht übertragen:

alii rem fruendam concedere, vel locare, vel vendere

potest. Sed et si precario concedat, vel donet.... l. 12. §. 2. D. 7. 1.

pignori hypothecaeve dare. l. 11. §. 2. D. 20. 1.

und:

vendat nummo uno. l. 66. D. 23. 3.

2) Bezüglich des usus, der habitatio, d. h. Rechte, welche nur zum Bedarf bestimmter Personen eingeräumt werden, wird gesagt:

sed neque locabunt seorsim, neque concedent habitationem sine se, nec vendent usum. l. 8. pr. D. 7. 8.

und bezüglich habitatio speziell:

denique donare non poterit. l. 10. pr. l. c.

und:

dare legatario (cui habitatio legata est) etiam locationis licentiam. l. 13. C. 3. 33.

War der ususfructus habitationis legirt, so stritt man (antiquitas dubitabat):

cui similis esset, utrumne usui vel usuifructui, an neutri eorum,

so daß das legat als:

jus proprium l. c.

anzusehen.

Das A. L. R. verordnet allgemein I. 19.:

§. 22. Rechte, welche nur zur Nothdurft einer bestimmten Person bewilligt worden, können auf andere Personen einseitig nicht übertragen werden.

und speziell I. 21.:

§. 110. Uebrigens kann jeder Nießbraucher sein Nutzungsrecht zwar auch durch andere ausüben, das Recht selbst aber kann er Andern nicht abtreten.

§. 185. Ist Jemanden der Nießbrauch einer Sache bloß nach seiner Bedürfniß verliehen, so finden die Vorschriften des neunzehnten Titels, §§. 22. 24—28 Anwendung.

Das O. G. B. unterscheidet:

1) Die Servitut des Gebrauchs.

Sie besteht darin, daß Jemand befugt ist, eine fremde Sache ohne Verletzung der Substanz bloß zu seinem Bedürfniß zu benutzen. §. 504.

Dabei gilt der Grundsatz:

Der Berechtigte darf das Recht an keinen Andern übertragen. §. 507.

2) Die Fruchtnießung, d. h.:

Das Recht eine fremde Sache mit Schonung der Substanz ohne alle Einschränkung zu genießen. §. 509.

dabei findet sich keine Beschränkung.

Nach diesem Unterschiede ist auch die Servitut der Wohnung zu behandeln, nämlich als Servitut des Gebrauchs, wenn das Recht,
die bewohnbaren Theile eines Hauses zu seinem Bedürfniß zu benutzen, eingeräumt ist,
als Fruchtnießung,
wenn alle bewohnbaren Theile eines Hauses ohne Einschränkung zu genießen überlassen sind. §. 521.

Der Code Napoléon unterscheidet:
1) usufruit.
Art. 595. L'usufruitier peut donner à ferme ou même vendre ou céder son droit à titre gratuit.
2) l'usage des fruits d'un fonds pour ses besoins et ceux de sa famille. Art. 630.
Art. 631. L'usager ne peut céder ni louer son droit à un autre.
3) droit d'habitation dans une maison. Art. 632.
Art. 634. Le droit d'habitation ne peut ni être cédé ni loué.

II. Wirkung der Abtretung.

A. Uebergang der Forderung.

1. Moment des Ueberganges.

§. 207.

Durch die Abtretung einer Forderung oder eines Anspruches erwirbt Derjenige, welchem die Forderung oder der Anspruch abgetreten ist, das Recht, die Forderung oder den Anspruch, als ihm selbst zustehend, gegen den Schuldner geltend zu machen.

Der Schuldner wird jedoch nur in Folge einer gehörigen Bekanntmachung der Abtretung verpflichtet, den neuen Gläubiger als seinen Gläubiger anzuerkennen.

Im Römischen Recht konnte im Falle einer nominis emptio der emptor suo nomine klagen, namentlich auch, wenn es sich um eine actio in rem handelte:

Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit, sed vel in rem suam procuratore facto, vel utilis secundum ea, quae pridem

constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur. l. 8. C. 4. 39.

Certi et indubitati juris est, ad similitudinem ejus, qui personalem redemerit actionem, ut utiliter eam movere suo nomine conceditur, etiam eum, qui in rem actionem comparaverit, eadem uti posse facultate. Cum enim actionis nomen generale sit omnium sive in rem sive in personam actionum, et apud omnes veteres juris conditores hoc nomen in omnibus pateat, nihil est tale, quod differentiam in hujusmodi utilibus actionibus possit introducere. l. 9. l. c.

Der ursprüngliche Gläubiger behielt aber das Recht, die Klage selbst anzustellen:

Si delegatio non est interposita debitoris tui, ac propterea actiones apud te remanserunt. l. 3. C. 8. 42.

post nominis venditionem utiles emptori, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. l. 7. C. 4. 39.

Der ursprüngliche Gläubiger verlor das Recht nur durch litis contestatio oder Zahlung:

fit autem delegatio per litis contestationem. l. 11. §. 1. D. 46. 2.

antequam lis contestetur, vel aliquid ex debito accipiat, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris. l. 3. C. 8. 42.

oder durch eine denunciatio:

vel debitori tuo denuntiaverit. eod. l. c.

Das A. L. R. sagt I. 11.:

§. 402. Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte des Cedenten.

§. 413. So lange dem Schuldner die geschehene Cession noch nicht gehörig bekannt gemacht worden, sind alle zwischen ihm und dem Cedenten vorgefallenen Verhandlungen zu Gunsten des Schuldners gültig.

§. 414. Jede von dem Cedenten oder von Gerichtswegen erfolgte Bekanntmachung ist hinreichend, den Schuldner zu verpflichten, daß er sich über die abgetretene Forderung mit dem Cedenten nicht weiter einlasse.

§. 415. Geschieht aber die Bekanntmachung durch den Cessionarium, so muß dieser die Richtigkeit seiner Angabe durch Vorzeigung des cedirten und gehörig überschriebenen Instruments oder sonst innerhalb dreier Tage bescheinigen.

§. 416. Wird diese Frist nicht inne gehalten und der ursprüngliche Inhaber der Forderung leugnet die Richtigkeit der vorgeblichen Cession, so kann der Schuldner gültige Verhandlungen über die Forderung mit Letzterem vornehmen.

Das O. G. B. sagt:

§. 1395. Durch den Abtretungsvertrag entsteht nur zwischen dem Ueberträger (Cedent) und dem Uebernehmer der Forderung (Cessionar); nicht aber zwischen dem Letzten und dem übernommenen Schuldner (Cessus) eine neue Verbindlichkeit.

Daher ist der Schuldner, so lange ihm der Uebernehmer nicht bekannt wird, berechtigt, den ersten Gläubiger zu bezahlen, oder sich sonst mit ihm abzufinden.

§. 1396. Dieses kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1689. Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionaire par la remise du titre.

Art. 1690. Le cessionaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur.

Art. 1691. Si, avant que le cédant ou le cessionaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, il sera valablement libéré.

§. 208.

Wenn der Schuldner nach erfolgter aber nicht gehörig bekannt gemachter Abtretung, obwohl ihm die Abtretung bekannt war, sich mit dem Abtretenden in Verhandlungen einläßt, um seinen Vortheil zum Schaden des neuen Gläubigers zu befördern, so sind diese Verhandlungen dem neuen Gläubiger gegenüber ungültig.

Dieser auf dem moralischen Prinzip beruhende Satz findet sich nur im A. L. R. Dasselbe bestimmt I. 11.:

§. 417. Doch sind alle Verhandlungen zwischen dem Cedenten und Schuldner nach wirklich erfolgter Cession ungültig, wenn klar erhellet, daß der Schuldner die Cession gewußt und nur um seinen Vortheil mit dem Schaden des Cessionarii zu befördern, in diese Verhandlungen sich eingelassen habe.

Koch meint (Uebergang der Forderungsrechte 167):

das O. G. B. §. 1395. erfordere bloß die allgemeine Wissenschaft des Schuldners,

um den ursprünglichen Gläubiger aus aller Verbindung mit dem

Schuldner zu bringen, so daß also alle Verhandlungen zwischen denselben nach erlangter Wissenschaft von der Abtretung Seitens des Schuldners in Bezug auf den neuen Gläubiger wirkungslos wären.

In der That sagt auch §. 1395, die Verhandlungen zwischen dem ersten Gläubiger und dem Schuldner seien gültig,

so lange dem Schuldner der Uebernehmer nicht bekannt wird.

Allein der folgende §. 1396 erläutert jenen unbestimmten Ausdruck dahin:

Dies kann der Schuldner nicht mehr, sobald ihm der Uebernehmer bekannt gemacht worden ist.

Es enthält also auch das O. G. B. keineswegs den Satz:

daß alle nach erfolgter und dem Schuldner bekannt gewordener Abtretung zwischen ihm und dem ursprünglichen Gläubiger vorgenommenen Verhandlungen bezüglich des neuen Gläubigers ungültig seien.

Es würde ein solcher Satz auch offenbar zu weit gehen, da der Schuldner bei derartigen Verhandlungen sich in durchaus gerechtfertigtem guten Glauben befinden kann. Nur wenn die böse Absicht des Schuldners in der vom A. L. R. angegebenen Weise hervortritt, rechtfertigt sich vom Prinzip der Moralität aus eine Abweichung von den Grundsätzen des strengen Rechts.

2. Verpflichtung des Schuldners.

§. 209.

Der neue Gläubiger erwirbt die ihm abgetretene Berechtigung so, wie sie dem Abtretenden im Augenblick der Abtretung zusteht.

Der Schuldner hat das Recht, das, was er bis zum Augenblick der ihm gehörig bekannt gemachten Abtretung von dem ursprünglichen Gläubiger zu fordern hat, abzurechnen.

Es wird daher im Römischen Recht bestimmt:

Sed si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur. l. 13. §. 1. D. 2. 14.

Emptor haereditatis, actionibus mandatis, eo jure uti debet, quo is, cujus persona fungitur, quamvis utiles etiam adversus debitores haereditarios actiones emptori tribui placuit. l. 5. C. 4. 39.

qui in jus alterius succedit, jure ejus uti debet. l. 177. pr. D. 50. 17.

non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. l. 175. §. 1. l. c.

quod ipsis, qui contraxerunt, obstat, et successoribus eorum obstabit. l. 143. l. c. l. 156. §. 2. l. c.

Es galt daher auch bei dem emptor nominis der Satz:

emptoris eadem causa esse debet circa petendum ac defendendum, quae fuit auctoris. l. 156. §. 3. l. c.

cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset. l. 2. pr. D. 18. 4.

Erst die Denunciatio oder Litis contestatio hatte die Wirkung, die Kompensation mit den später entstandenen Forderungen des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger auszuschließen.

Das A. L. R. sagt im Allgemeinen 1. 11.:

§. 402. Durch die Cession tritt der neue Inhaber in alle abgetretenen Rechte und damit verbundenen Pflichten des Cedenten.

§. 407. Der Schuldner einer cedirten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionario entgegen setzen.

und speziell 1. 16.:

§. 313. Gegen eine cedirte Forderung kann der Schuldner das, was er an den ersten Inhaber vor bekannt gemachter Cession zu fordern hatte, abrechnen.

Das O. G. B. sagt:

§. 1394. Die Rechte des Uebernehmers sind mit den Rechten des Ueberträgers in Rücksicht auf die überlassene Forderung eben dieselben.

Es bleibt ihm (dem Uebernehmer) das Recht, seine Einwendungen gegen die Forderung anzubringen. §. 1396.

und:

Der Schuldner kann die Forderung, welche er zur Zeit der Abtretung an den ersten Inhaber derselben hatte, in Abrechnung bringen. §. 1442.

Unter der Zeit der Abtretung ist der Augenblick der Bekanntmachung zu verstehen, denn erst dadurch wird in Bezug auf den Schuldner das Rechtsverhältniß zum ursprünglichen Gläubiger aufgehoben.

Der Code Napoléon enthält nur bezüglich der Kompensation die Bestimmung:

à l'égard de la cession, qui n'a point été acceptée, mais qui lui a été signifiée, elle n'empechre que la compensation des créances postérieurs a cette notification. Art. 1295.

§. 210.

Durch Anerkenntniß der Schuld dem neuen Gläubiger gegenüber, verliert der Schuldner das Recht, Einwendungen und Gegenforderungen, die er dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber hatte, dem neuen Gläubiger entgegenzusetzen.

Das Römische Recht enthält keine ausdrückliche Bestimmung.

Das A. L. R. sagt I. 11.:

§. 412. Hat der Schuldner den Cessionarium für seinen Gläubiger wegen einer der Qualität und Quantität nach bestimmten Forderung auf rechtsgültige Weise einmal anerkannt, so ist er nicht mehr befugt, demselben Einwendungen und Gegenforderungen, die er wider den Cedenten zu haben vermeint, entgegenzusetzen. (Tit. V. §§. 37. 38. 185—192.)

und I. 16.:

§. 314. Soweit der Schuldner bei Cessionen durch Anerkenntniß des Cessionarii seiner Einwendungen, die er gegen den Cedenten hatte, verlustig wird, so weit kann er Forderungen, welche ihm an diesen zustehen, gegen den Cessionarium nicht in Abrechnung bringen.

Das O. G. B. sagt:

Hat er die Forderung gegen den redlichen Uebernehmer für richtig anerkannt, so ist er verbunden, denselben als seinen Gläubiger zu befriedigen. §. 1396.

Der Code Napoléon sagt:

Art. 1295. Le débiteur, qui a accepté purement et simplement la cession, qu'un créancier a faite de ses droits à un tiers, ne peut plus opposer au cessionaire la compensation, qu'il eût pu, avant l'acceptation, opposer au cédant.

3. Weitere Abtretung der Forderung.

§. 211.

Wenn eine abgetretene Forderung weiter abgetreten wird, so ist der Schuldner nicht berechtigt, Gegenforderungen, die ihm gegen den einen der Zwischeninhaber zustanden, in Gegenrechnung zu stellen,

ausgenommen gegen einen solchen Zwischeninhaber, welchem gegenüber er die Schuld anerkannt hatte.

Es bestimmt daher das A. L. R. 1. 16.:

§. 315. Dagegen kann aber auch der Schuldner, welcher einen Cessionarium für seinen Gläubiger angenommen hat, wenn dieser die Forderung ohne seine Zuziehung weiter cedirt, die Gegenforderungen, die er an ihn hatte, auch gegen den ferneren Cessionarium abrechnen.

§. 316. Außer diesem Falle findet die Kompensation einer Forderung, welche dem Schuldner an einen der Zwischeninhaber, den er aber zu seinem Gläubiger nicht angenommen hat, zustand, gegen den letzten Inhaber nicht statt.

Das O. G. B.:

Wenn eine Forderung allmählich auf Mehrere übertragen wird, so kann der Schuldner nicht auch diejenige Forderung, welche ihm an einen der Zwischeninhaber zustand, in Abrechnung bringen. §. 1442.

B. Recht des redlichen Erwerbes einer Forderung, worüber eine schriftliche Urkunde besteht.

§. 212.

Wenn der Schuldner einer Forderung, worüber eine schriftliche Urkunde besteht, die Forderung ganz oder theilweise tilgt, die Tilgung der Forderung aber aus der Urkunde nicht zu ersehen ist, so kann die Tilgung der Forderung einem redlichen Erwerber der Forderung gegenüber nicht geltend gemacht werden.

Nur das A. L. R. enthält eine bezügliche Bestimmung, indem es verordnet 1. 11.:

§. 395. Der Schuldner kann nur einem solchen Cessionario mit Sicherheit zahlen, welcher sich durch den Besitz des Instruments und einer schriftlichen auf ihn gerichteten Cession zugleich legitimirt.

§. 396. Nach geleisteter Zahlung muß er sich das Instrument ausantworten, oder wenn es nur eine Abschlagszahlung war, dieselbe auf dem Instrument vermerken lassen.

§. 397. Hat der Schuldner diese Vorschriften (§§. 395. 396.) vernachlässigt, so kann er sich mit der geleisteten Zahlung gegen einen dritten redlichen Inhaber der Forderung nicht schützen.

§. 398. Der Cedent aber muß die Zahlung wider sich gelten lassen, wenn die von ihm an den Empfänger wirklich geleistete Cession auch nur auf andere Art erwiesen werden kann.

Diese Bestimmung ist angefochten worden.

Es kann auch nicht bezweifelt werden, daß sie dem strengen Rechtsprinzip widerspricht, und daß nach strengem Rechtsprinzip die Urkunde nichts weiter als ein Beweismittel der Forderung ist, und jede Tilgung der Schuld die Schuld überhaupt tilgt, also jede weitere Uebertragung unmöglich macht, Bornemann III. 139 ꝛc., Koch, Uebergang der Forderungsrechte 142 ꝛc.

Allein vom Prinzip des strengen Rechts aus sind auch Wechsel und Hypothekeninstrumente nichts weiter als Beweismittel, und man könnte deshalb die bezüglichen Bestimmungen auch anfechten.

Man ficht sie jedoch nicht an sondern erkennt sie als dem praktischen Bedürfniß entsprechend an.

Anstatt vom Prinzip des abstrakten Rechts aus die gedachte Bestimmung des A. L. R. anzufechten, sollte man sich vielmehr einfach die Frage vorlegen:

> Entsprechen jene Bestimmungen dem praktischen Bedürfniß oder nicht?

Diese Frage beantwortet sich dahin:

Forderungen, worüber Urkunden bestehen, sind ein gewöhnlicher Gegenstand des Verkehrs. Der Verkehr würde wesentlich erschwert werden, wenn jeder Erwerber einer solchen Forderung genöthigt würde, vor dem Erwerbe sich darüber Gewißheit zu verschaffen, ob die Forderung, obwohl sie als existirend vielleicht durch die Hände vieler Cessionarien gegangen ist, dennoch in Wirklichkeit durch Verhandlungen mit einem der Cessionarien getilgt worden ist.

Um diesen Uebelstand zu vermeiden, hat man ein einfaches Auskunftsmittel getroffen. Man hat bestimmt:

> Nur diejenige Tilgung soll allgemein anerkannt werden, welche durch einen Vermerk auf dem Instrument allgemein erkennbar gemacht worden ist.

Hat der Schuldner dies einfache Mittel verabsäumt, so gilt die Tilgung demjenigen gegenüber nicht, welcher die Forderung redlicher Weise erwirbt.

Auf diese Weise werden die Interessen aller Betheiligten in einfacher Weise gewahrt, der Schaden trifft denjenigen, welcher die im Interesse des Verkehrs gebotene einfache Maaßregel vernachlässigte.

Es ist also auch ganz überflüssig zu erörtern, ob der Schuldner einer getilgten Forderung, einem Cessionar gegenüber zur Vertretung von culpa verpflichtet ist. Bornemann III. 143.

Man meint aber ferner, der §. 397 stehe im Widerspruch mit den §§. 407. 413. Dies ist, soweit es sich um Auslegung des

Gesetzes handelt, nicht der Fall, denn die §§. 407. 413. betreffen nur Zahlungen an den ursprünglichen Gläubiger, der §. 397. dagegen Zahlung an einen Cessionar. Dagegen scheint es allerdings, daß dasselbe Motiv, welches bei Zahlungen an einen Cessionar die bezügliche Bestimmung rechtfertigt, auch eine gleiche Bestimmung bei Zahlungen an den ursprünglichen Gläubiger erheischt.

Die Bestimmung des Gesetzes vom 24. Mai 1853.

> §. 15. Einem Dritten, welcher redlicher Weise über eine im Hypothekenbuche eingetragene Post mit dem als Cessionar, Erbe oder sonstigen Erwerber eingetragenen und im Besitz des darüber ausgefertigten Hypotheken-Instruments befindlichen Inhaber sich eingelassen hat, können keine, die Berechtigung seines Autors betreffende Einwendungen, soweit sie nicht aus der Urkunde oder dem Hypothekenbuch erhellen, entgegengestellt werden.

enthält eine ungerechtfertigte Verletzung der Rechte des wirklich Berechtigten zu Gunsten des redlichen Erwerbers.

Zweiter Titel.

Dinglichkeit des Eigenthums und der Rechtsverhältnisse.

Es ist zu unterscheiden die Dinglichkeit des Eigenthums und die Dinglichkeit eines Rechtsverhältnisses.

I. Dinglichkeit des Eigenthums.

Das Eigenthum ist ein absolutes Recht in dem Sinne, daß es von Jedermann anerkannt werden muß. Wenn aber Eigenthum in Folge Vertrages oder eines anderen Rechtsgrundes vom Eigenthümer auf eine andere Person übertragen wird, so ist der Vertrag oder andere Rechtsgrund zunächst nur ein Akt zwischen den betheiligten Personen, und es entsteht daher die Frage:

> ob durch diesen Akt diejenige Person, welcher Eigenthum übertragen wird, auch allen dritten Personen gegenüber zum Eigenthümer gemacht wird?

Nach Grundsätzen des strengen Rechts ist diese Frage einfach dahin zu entscheiden:

> Wenn der Eigenthümer durch Vertrag einer andern Person Eigenthum überträgt, so wird diese Person Eigenthümer und gilt auch allen dritten Personen gegenüber als Eigenthümer.

Einzig und allein der Vertrag bestimmt auch den Moment, mit welchem das Eigenthum übergeht. Die Uebergabe ist an sich ganz unwesentlich. Sie kann nur insofern von rechtlicher Bedeutung sein, als die Kontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend verabreden, das Eigenthum solle erst in Folge der Uebergabe übergehen

Bestimmen sie einen andern Moment als den Moment des Eigenthumsüberganges, so ist dieser andere Moment entscheidend.

Wirkliche Kollisionen sind demzufolge nicht möglich. Derjenige wird Eigenthümer, welchem der Eigenthümer Eigenthum zuerst überträgt. Denn mit dem Augenblick, mit welchem er Eigenthum überträgt, hört er auf Eigenthümer zu sein, kann also ferner kein Eigenthum übertragen.

Im wirklichen Recht gilt jedoch eine andere Ansicht. Es kommt der Grundsatz zur Anwendung:

> Nur das erkennbar gemachte Recht wird als Recht anerkannt.

und zwar in folgender Weise:

> Weil das Eigenthum ein Recht ist, welches von Jedermann anerkannt werden muß, muß auch der Akt des Eigenthumsüberganges allgemein erkennbar gemacht werden.

Es ergiebt sich auf diese Weise der Begriff der Dinglichkeit des Eigenthums. Nur derjenige wird allgemein als Eigenthümer anerkannt, d. h. nur derjenige ist als Eigenthümer dinglich berechtigt, bezüglich dessen der Eigenthumsübergang auf ihn in gesetzlich bestimmter Weise erkennbar gemacht worden ist.

Wer sich Eigenthum ohne Anwendung dieser Formen übertragen läßt, dessen Eigenthum wird nicht als dingliches Recht anerkannt.

Die Formen, welche den Eigenthumsübergang erkennbar machen, sind Besitzübertragung und Vermerkung des Eigenthumsüberganges in den Grundbüchern.

Es ist also die Besitzübertragung resp. Vermerkung des Eigenthumsüberganges in den Grundbüchern von entscheidender Bedeutung.

Nicht derjenige wird als Eigenthümer anerkannt, welchem der Eigenthümer durch Vertrag zuerst Eigenthum überträgt, sondern nur derjenige, welchem der Eigenthümer Eigenthum unter Anwendung jener Formen überträgt. Im Falle der Kollision von Eigenthumsansprüchen gilt nur der Letztere als Eigenthümer.

Vorstehendes ergiebt, daß durch Anwendung des Begriffs der Dinglichkeit auf den Uebergang des Eigenthums eine Beschränkung der Rechte des Eigenthümers eintritt.

Er kann zwar im Verhältniß zum Erwerber alle Wirkungen des Eigenthumsüberganges auch ohne Anwendung jener Formen lediglich durch den Vertrag eintreten lassen, aber er kann den Erwerber dritten Personen gegenüber nur durch Anwendung jener Formen zum Eigenthümer machen.

II. Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses.

Jedes Rechtsverhältniß besteht zunächst nur zwischen bestimmten Personen. Dritte Personen können in das Rechtsverhältniß nur durch Vertrag in der bereits erörterten Weise eintreten.

Im wirklichen Recht wird aber ferner ein Eintritt dritter Per-

sonen dadurch ermöglicht, daß ein Rechtsverhältniß dinglich gemacht wird, und zwar entweder die Verpflichtung oder die Berechtigung.

1) Dinglichkeit der Verpflichtung.

Eine jede Verpflichtung liegt zunächst nur einer bestimmten Person ob.

Im wirklichen Recht macht sich jedoch das Bedürfniß fühlbar, Verpflichtungen in solcher Weise mit dem Eigenthum einer Sache zu verbinden, daß Jedermann, welcher sein Recht vom Eigenthümer ableitet, verpflichtet ist, die Verpflichtung anzuerkennen. Es entsteht in dieser Weise der Begriff der dinglichen Verpflichtung, gewöhnlich dingliches Recht genannt. Weil diese Verpflichtung von jedem Eigenthümer der Sache anerkannt werden muß, muß die Verbindung der Verpflichtung mit der Sache für jeden Eigenthümer der Sache erkennbar gemacht werden. Die Formen, wodurch dies geschieht, sind wiederum Besitzübertragung und Eintragung.

Nur die durch Anwendung dieser Formen als der Sache anhaftend erkennbar gemachte Verpflichtung wird also als dingliche Verpflichtung anerkannt.

Dadurch, daß das Recht des Eigenthümers anerkannt wird, mit seinem Eigenthum eine dingliche Verpflichtung zu verbinden, wird das Recht des Eigenthümers erweitert.

Nach strengem Recht kann nämlich der Eigenthümer nur sich persönlich verpflichten. Ueberträgt er Eigenthum, so kann er die ihm obliegende Verpflichtung auf eine dritte Person ohne deren Zustimmung nicht übertragen. Im Falle einer dinglichen Verpflichtung aber kommt auf die Zustimmung des Erwerbers der Sache gar nichts an, sondern derselbe überkommt die Verpflichtung einfach in Folge des Erwerbes der Sache.

2) Dinglichkeit der Berechtigung.

Bezüglich des Grundeigenthums ergiebt sich im wirklichen Recht das Bedürfniß, bestimmte Berechtigungen gegen anderes Grundeigenthum mit dem Grundeigenthum zu verbinden, so daß sie auf jeden Erwerber des Grundeigenthums übergehen. Es ergiebt sich daher der Begriff der dinglichen Berechtigung, der Grundgerechtigkeit.

Germanische Auffassung des Grundeigenthums und der Dinglichkeit.

Ein spezifischer Unterschied zwischen der romanischen und germanischen Auffassung des Rechts liegt in der dem germanischen Recht eigenthümlichen Unterscheidung des Grundeigenthums vom Sacheigenthum.

Nach Römischem Recht besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen dem Verhältniß der Person zum Sacheigenthum und dem Verhältniß der Person zum Grundeigenthum, beide Verhältnisse zeigen vielmehr nur abstrakt das Verhältniß der Person zur Sache.

Nach der Ansicht des germanischen Rechts dagegen ist das Verhältniß der Person zum Grundeigenthum ein wesentlich anderes, als das Verhältniß der Person zum Sacheigenthum. Auf dem Verhältniß der Person zum Grundeigenthum beruht zum großen Theil die ganze staatliche Ordnung, sowohl bei der ursprünglichen Gauverfassung, als bei dem späteren Lehnsverbande.

In Folge dieser wesentlich staatlichen Bedeutung des Grundeigenthums war die Uebertragung des Grundeigenthums von einer Person auf eine andere an eine staatliche Anerkennung gebunden. Die Uebertragung erfolgte vor der Gemeinde, vor dem Lehnshof. Hierin liegt der Grund der gerichtlichen Auflassung, der Vermerkung des Eigenthums in den Grundbüchern. Auch in dem neueren Rechte ist dieser wesentliche Unterschied des Grundeigenthums und Sacheigenthums stehen geblieben.

Im Interesse der staatlichen Ordnung wird das Grundeigenthum in den Hypothekenbüchern verzeichnet, und nur derjenige wird vom Staate als Eigenthümer anerkannt, dessen Eigenthum im Hypothekenbuch vermerkt ist. Bei dieser Auffassung des Grundeigenthums hat der Besitz für sich allein keine dingliche Wirkung, und es ist ein Zeichen totalen Verkennens des Geistes der Hypothekenverfassung, wenn dem Besitz die Wirkung beigelegt wird, dingliches Recht zu geben. Nur die gerichtliche Auflassung, resp. nur die Vermerkung des Eigenthums im Hypothekenbuch, hat die Wirkung, daß das Eigenthum allgemein anerkannt werden muß, d. h. dinglich ist.

Im Gegensatz zu dem Grundeigenthum war das Sacheigenthum der Willkühr der Personen anheimgegeben. Der Staat hatte bei dessen Uebertragung kein Interesse. Die Uebertragung von Eigenthum daran war daher an keine Form gebunden. Man ging sogar so weit, daß man ohne Weiteres denjenigen als Eigenthümer anerkannte, welchem der Besitz übertragen wurde, auch wenn dies von einem Unberechtigten geschah, wenn nur der Eigenthümer seinen Besitz freiwillig aufgegeben hatte, nach dem Grundsatz: Hand muß Hand wahren.

Dieser zu weit gehende Grundsatz ist wenigstens im Preußischen Recht aufgegeben, und es haben die Grundsätze des Römischen Rechts Geltung erhalten.

Gegenwärtig besteht demnach der Unterschied des Grundeigenthums und Sacheigenthums noch wesentlich darin, daß Grundeigenthum durch Vermerkung im Hypothekenbuch und Sacheigenthum durch Besitzübertragung dinglich wird.

Es sind dies die Formen, wodurch der Erwerb von Eigenthum allgemein erkennbar gemacht wird.

Vorstehendes ergiebt, daß es gänzlich verkehrt ist, wenn man den Vermerk im Hypothekenbuch nur als einen fingirten Besitz ansieht. Nur nach Römischem Recht wurde auch Grundeigenthum

durch Besitzübertragung erworben, nach Germanischem Recht dagegen nur durch Anwendung der erwähnten staatlichen Formen.

Aus der hervorgehobenen Eigenthümlichkeit der Germanischen Auffassung des Grundeigenthums folgt nun auch die dem Deutschen Recht eigenthümliche Auffassung der dinglichen Rechte. Auch die dem Grundeigenthum aufzulegenden Verpflichtungen bedurften staatlicher, öffentlicher Anerkennung. Daraus ergab sich, daß auch die dem Grundeigenthum aufzulegenden Lasten und Verpflichtungen, um dingliche Wirkung zu haben, im Hypothekenbuch vermerkt werden müssen. Nur bezüglich bestimmter Grundgerechtigkeiten und bezüglich vorübergehender Nutzungsrechte fällt die Nothwendigkeit der Vermerkung im Hypothekenbuche weg.

Daß aber letzteren Rechten, sofern sie mit dem Besitz der Sache verbunden sind, dingliche Wirkung beigelegt wird, hat seinen Grund in der dem Besitz beigelegten Wirkung.

Wie beim Sacheigenthum der Besitz nothwendige Bedingung des Eigenthums ist, so wurde der Besitz auch nothwendige Bedingung eines jeden Rechts an der beweglichen Sache. Wem der Besitz nicht übertragen wurde, der erwarb auch kein dingliches Recht an der Sache. Nur derjenige also hatte Recht an der Sache, welcher den Besitz für sich hatte. Man gab daher Jedem dingliches Recht, welcher den Besitz überkommen hatte.

Diesen Grundsatz wendete man dann auch auf vorübergehende Nutzungsrechte an Grundstücken an. Wem zum Zwecke der Nutzung der Besitz der Sache übertragen wurde, der galt als dinglich berechtigt.

Es ergaben sich also folgende Grundsätze:

1) Dauernde dingliche Rechte an Grundstücken können, abgesehen von bestimmten Grundgerechtigkeiten, nur durch Eintragung erworben werden, eben so nicht mit dem Besitz der Sache verbundene Nutzungsrechte.
2) Vorübergehende Nutzungsrechte an Grundstücken werden durch Besitzübertragung als dingliche Rechte erworben.
3) An Sacheigenthum kann dingliches Recht nur durch Besitzübertragung erworben werden.

Hieraus folgt:

1) der Grundsatz der Spezialität; d. h. es kann ein dingliches Recht nicht überhaupt an den im Vermögen einer Person befindlichen Sachen erworben werden, sondern nur an einzelnen durch Besitzübertragung oder Eintragung bezeichneten Sachen;
2) der Grundsatz der Publizität; d. h. nur derjenige, dessen Recht durch Eintragung oder Besitzübertragung allgemein erkennbar gemacht ist, wird als dinglich berechtigt anerkannt.

Im engeren Sinne geht die Publizität nur auf Grundeigenthum. Nur die Eintragung ist ein das Recht wahrhaft allgemein

erkennbar machender, öffentlicher, staatlicher Akt. Die Besitzübertragung ist nur ein Akt zwischen Privatpersonen, und er läßt auch nicht deutlich erkennen, ob wirklich ein Recht erworben ist.

Es wird nachstehend gehandelt werden:

1) von der Dinglichkeit des Eigenthums,
2) von der Dinglichkeit der Rechtsverhältnisse, namentlich der Dinglichkeit der Verpflichtung und der Dinglichkeit der Berechtigung, und zwar:
   a) von dem Begriff der Dinglichkeit,
   b) von der Begründung und Aufhebung der Dinglichkeit;
3) von den in Folge der Dinglichkeit möglichen Collisionen und der Wirksamkeit des moralischen Prinzips dabei.

I. Dinglichkeit des Eigenthums.

§. 213.

Im Falle der Uebertragung von Eigenthum geht, dritten Personen gegenüber, das Eigenthum nur dadurch auf den Erwerber über, daß auf Grund des Rechts zur Sache dem Erwerber der Besitz übertragen oder bei Grundstücken der Uebergang des Eigenthums auf den Erwerber in den Grundbüchern vermerkt wird.

Das Römische Recht kennt die Vermerkung des Eigenthums in den Grundbüchern nicht. Es gilt vielmehr bezüglich aller Sachen der Satz:

> traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. l. 20. C. 2. 3.

Im Falle des Legats erfolgte dagegen der Eigenthumsübergang ohne traditio:

> Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut haereditas haeredis res singulas. l. 80. D. 31.

Das A. L. R. enthält Bestimmungen, welche anscheinend bezüglich aller Sachen den Grundsatz aussprechen, daß Eigenthum in Folge der Besitzübertragung erworben wird.

Es heißt nämlich 1. 2.:

> §. 135. Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache.

Wollte man diesen Paragraph unmittelbar wörtlich anwenden, so enthielte er den Grundsatz:

Jede Art der dinglichen Rechte wird durch Besitzübertragung erworben.

Daß der §. 135. diesen Sinn nicht haben soll und kann, folgt daraus, daß er bezüglich einzelner Arten dinglicher Rechte, z. B. Hypothek und Servituten, ganz entschieden keine Geltung hat.

Es folgt deshalb auch nicht mit Nothwendigkeit aus ihm, daß Grundeigenthum in Folge der Uebergabe übergeht. Dies würde nur dann anzunehmen sein, wenn über die Erwerbung von Grundeigenthum keine besonderen Bestimmungen beständen.

Es wird aber ferner verordnet I. 10.:

§. 1. Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert außer dem dazu nöthigen Titel auch die wirkliche Uebergabe derselben.

Hier wird ausdrücklich allgemein die Uebergabe als ein Erforderniß zur Erwerbung von Eigenthum angegeben.

Es leuchtet zunächst ein, daß dieser Paragraph bezüglich des Grundeigenthums die Auslegung zuläßt:

Zum Erwerb von Grundeigenthum ist die Uebergabe erforderlich, aber sie allein reicht nicht aus, es muß auch noch die Berichtigung des Besitztitels hinzukommen.

Diese Ansicht hat in der That in den Gerichtshöfen Eingang gefunden. Auf Grund der Reskripte vom 19. Juni 1816 und 17. Mai 1819 haben die Gerichte angenommen:

Der Nachweis der erfolgten Uebergabe ist ein Erforderniß zur Berichtigung des Besitztitels.

Wäre diese Ansicht richtig, so müßte man ferner bestimmen:

ob der Moment der Uebergabe oder die Berichtigung des Besitztitels Eigenthum überträgt.

Befangen von der Ansicht des Römischen Rechts und das Wesen des auf deutscher Auffassung beruhenden Instituts der Grundbücher gänzlich verkennend, hat man in der That behauptet:

auch an Grundstücken wird Eigenthum in Folge der Uebergabe, nicht in Folge der Besitztitelberichtigung, erworben.

Man hat in Konsequenz dieser Ansicht die Eintragung im Hypothekenbuch nur als einen Verwaltungsakt bezeichnet. Reskript vom 14. Mai 1844.

Ich habe bereits anderweit (Juristische Wochenschrift für 1848 pag. 450. ff.) dargethan, daß die vorstehend aufgestellten Ansichten den Geist des Allgemeinen Landrechts und unserer Hypotheken-Ordnung gänzlich verkennen und daß sie Konsequenzen des in unser Recht sich eindrängenden Romanismus sind.

Auf die bezügliche Abhandlung verweisend will ich hier nur kurz angeben, warum jene Ansichten unrichtig sind.

Es ist:

1) nicht wahr, daß der Nachweis der erfolgten Uebergabe ein Erforderniß zur Berichtigung des Besitztitels ist.

Die Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung sind klar und unzweideutig.

Es steht in der ganzen Hypotheken-Ordnung nicht ein einziges Wort davon, daß die Uebergabe nachzuweisen sei, sondern die Hypotheken-Ordnung fordert im Falle eines Titels unter Lebendigen:

daß entweder die Eingabe, worin die Berichtigung des Besitztitels nachgesucht worden, von beiden Kontrahenten unterzeichnet sei, oder, falls das Gesuch von dem Käufer allein angebracht würde, daß der Verkäufer in einem anzuberaumenden Termine in die Eintragung des Tituli für den Käufer auf Grund des von selbigem übergebenen Kontrakts einwillige.

Die Einwilligung des Veräußernden also in die Berichtigung des Besitztitels ist das wesentliche Erforderniß der Berichtigung des Besitztiiels, nicht der Nachweis der Besitzübertragung. Tit. II. §. 64.

Es ist den Verfassern der Hypotheken-Ordnung nicht in den Sinn gekommen, an die Möglichkeit der Ansicht, die Besitztitelberichtigung könne nur auf Grund der nachgewiesenen Uebergabe erfolgen, zu denken. Hätten sie eine solche Ansicht für möglich gehalten, so würden sie sich darüber ausgesprochen haben. Denn sie hätten Veranlassung dazu gehabt, da sie der Civiltradition und Konfirmation gedenken.

In gleicher Weise wird im Fall eines Legats nur:

die ausdrückliche Einwilligung des Erben in die Berichtigung des Besitztitels. §§. 65. 66.

erfordert.

Auch die Redaktoren des Allgemeinen Landrechts haben eine solche Ansicht nicht für möglich gehalten. Hätten sie, wie man ihnen unterlegt, jene Ansicht gehabt, so hätten sie unmöglicher Weise sagen können I. 11.:

§. 125. Bei Grundstücken ist die gerichtliche Zuschreibung im Hypothekenbuche für sich allein zur Uebergabe noch nicht hinreichend.

denn sie setzen hier offenbar den Fall voraus, daß zwar die Zuschreibung, aber noch nicht die Uebergabe erfolgt ist.

Wenn sie daher ferner sagen I. 10.:

§. 6. Wer jedoch über ein Grundstück vor Gericht Verfügungen treffen will, der muß sein darauf erlangtes Eigenthumsrecht dem Richter der Sache nachweisen, und dasselbe in dem Hypothekenbuche vermerken lassen.

so haben sie eben an die Bestimmungen der Hypotheken-Ordnung gedacht, nicht an das Römische Recht.

Dagegen war es eine Konsequenz des in unser Recht eindringenden Romanismus und ein Verkennen des Wesens der Hypothekenverfassung,

a) daß, wie man annehmen muß, das Gesetz vom 23. April 1821 durch Abänderung des §. 64. II. Hyp.=Ord. und durch die Bestimmung:

§. 3. Die Eintragung aus einem solchen Vertrage kann geschehen, wenn auch nur einer von beiden Theilen darum nachsucht.

die im §. 64. gedachte Einwilligung in Berichtigung des Besitztitels beseitigte (konsequenter Weise hätte man auch den §. 66. abändern müssen);

b) und daß die Kab.=Ordre vom 31. Oktober 1831 die Verpflichtung zur Berichtigung des Besitztitels aufhob.

Beide Bestimmungen lassen nämlich außer Acht, daß nicht der Besitz, sondern die Eintragung Eigenthum giebt. Letztere Bestimmung führte daher nothwendiger Weise zu einer Verwirrung der Eigenthumsverhältnisse, welche zu verhindern gerade der Zweck der Hypothekenverfassung ist. Erstere Bestimmung aber beeinträchtigte auf das Wesentlichste das Recht des Veräußernden.

2) Es ist nicht wahr, daß nach dem A. L. R. Eigenthum an Grundstücken durch Besitzübertragung übergeht.

Das A. L. R. sagt mit klaren Worten I. 10.:

§. 7. Der im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer desselben angesehen.

und in Konsequenz dessen:

§. 8. Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten.

§. 9. Vielmehr bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheils seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer nach gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten.

In gleichem Geiste sagt die Hypotheken=Ordnung II.:

§. 92. Derjenige, für welchen solchergestalt der titulus possessionis auf ein Grundstück berichtigt worden, ist für den wahren und alleinigen Eigenthümer desselben anzusehen.

Diese dem deutschen Geist und dem Wesen des Hypothekenrechts völlig entsprechenden Grundsätze lassen so deutlich den Satz erkennen:

Nur der eingetragene Eigenthümer ist wirklicher Eigenthümer; der nicht eingetragene Eigenthümer, also auch der Besitzer, hat nur persönliche Ansprüche.

daß nur der eingefleischteste Romanismus dagegen sagen kann:

der Besitzer ist wirklicher Eigenthümer, nicht der eingetragene Eigenthümer,

und doch hat das Justizministerium Jahre lang gegen die wider=

strebenden Gerichte letzteren Satz durchzusetzen gesucht. Muß daher nicht mit Recht gesagt werden:

Es war ein Glück, daß die Gesetzgebungsversuche scheiterten.

Zu den hervorgehobenen Bestimmungen treten nun noch die aus den §§. 18. ff. 1. 10. zu entnehmenden Gründe.

Das ausdrückliche Erwähnen des Besitzes bei beweglichen Sachen, das gänzliche Schweigen in Bezug auf Besitz bei unbeweglichen Sachen, und das völlige Gleichstellen des Besitzes bei beweglichen Sachen und der Eintragung bei unbeweglichen Sachen, zeigt doch Jedermann, den nicht eine vorgefaßte Meinung gegen alle Gründe taub und blind gemacht hat,

daß Eigenthum an unbeweglichen Sachen nur durch Eintragung erworben wird und die Besitzübertragung ohne alle Wirkung ist, nämlich in Bezug auf Dritte.

denn zwischen den Kontrahenten hat sie natürlich bestimmte rechtliche Wirkungen, wie ja auch im Falle des Legats im Verhältniß zwischen dem Erben und Legatar Eigenthum durch den Tod des Erblassers übergeht. §§. 288. 311. 1. 12. A. L. R.

Gegen alle vorstehenden, klaren und speziellen Gesetze, wie das A. L. R. noch besonders bemerklich macht durch die Worte:

von der mittelbaren Erwerbung des Eigenthums der Grundstücke insonderheit,

beruft man sich auf ein Paar etwas allgemein gefaßte Paragraphen bei der Lehre:

von den Grundsätzen des dinglichen Rechts, von der mittelbaren Erwerbung überhaupt.

und auf allgemeines Raisonnement, was im Römischen Recht ganz an seinem Ort ist, unserer Hypothekenverfassung aber ganz und gar widerspricht.

Um diesem Romanismus ein Ende zu machen, ist zu wünschen, daß bei Entwerfung eines neuen Gesetzbuches jene allgemeinen Paragraphen in angemessener Weise gefaßt werden.

Das O. G. B. enthält die richtige Ansicht in klarer Weise. Es sagt:

§. 380. Ohne rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigenthum erlangt werden.

Das Eigenthum und alle dinglichen Rechte überhaupt können . . . nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden. §. 425.

Unter rechtlicher Uebergabe und Uebernahme aber versteht es:

a) bei beweglichen Sachen:
die Uebergabe. §. 426.

b) bei unbeweglichen Sachen:

die Eintragung in die dazu bestimmten öffentlichen Bücher, Einverleibung, Intabulation. §. 431.

Der Code Napoléon verordnet:

a) bezüglich der donation:

Art. 938. La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition.

Ebenso hat im Falle des Legats der Legatar:

du jour du décès du testateur un droit sur la chose leguée. Art. 1014.

b) bezüglich der conventions sagt er allgemein:

Art. 1138. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rende le créancier propriétaire.

und namentlich im Falle des Kaufes:

La propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenue de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. Art. 1583.

Wenn in dem zuletztgedachten Paragraphen die Worte eingeschoben sind:

à l'acheteur à l'égard du vendeur,

so hat dadurch nicht der Satz beschränkt werden sollen:

Eigenthum wird schon durch den Vertrag allein übertragen,

sondern es sollte gesagt werden:

unbeschadet der Rechte dritter Personen geht Eigenthum vom Verkäufer auf den Käufer über.

Dieser Eigenthumsübergang hat also nicht bloß bezüglich des Verkäufers und Käufers eine persönliche Wirkung, sondern das Eigenthum geht auch bezüglich aller übrigen Personen über.

Der Code Napoléon hat also die Ansicht des strengen Rechts aufgenommen, und es ist nach dem Code Napoléon sowohl tradition als transcription au bureau des hypothèques nicht erforderlich, um dritten Personen gegenüber den neuen Erwerber zum Eigenthümer zu machen.

Von diesem Grundsatz enthält der Code Napoléon nur folgende Ausnahmen:

a) Im Falle der donation:

Art. 939. Lorsqu'il y aura donation de biens susceptibles d'hypothèque, la transcription des actes contenant la donation et l'acceptation, ainsi que la notification de l'acceptation, qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux bureaux des hypo-

thèques dans l'arrondissement desquels les biens sont situés.

Zur Gültigkeit der Schenkung gehört also die transscription. Dabei wird gesagt:

Art. 941. Le défaut de transcription pourra être opposé par toutes personnes ayant intérêt, excepté . . .

also auch von demjenigen, welcher Eigenthum durch eine convention oder durch transcription einer Schenkung nach dem Akt der Schenkung erwarb. Es hat also in diesem Falle die transcription eine gewisse dingliche Wirkung, indem nur die durch transcription erkennbar gemachte Schenkung des Grundeigenthums allgemein anerkannt werden muß.

Außerdem hat die transcription bestimmte Wirkungen gegen Hypotheken und Privilegien. cf. §§. 220. 223.

b) Im Falle der Kollision mehrerer Eigenthumsprätendenten bezüglich beweglicher Sachen giebt die frühere Uebergabe Eigenthum gegen einen früheren Titel. Art. 1141. cf. §. 224.

II. Dinglichkeit eines Rechtsverhältnisses.

A. Begriff.

1. Der dinglichen Verpflichtung.

§. 214.

Eine Verpflichtung ist dinglich, wenn sie auf eine solche Weise mit dem Eigenthum einer Sache verbunden ist, daß alle dem Verpflichteten nachfolgende Eigenthümer der Sache sie anerkennen müssen.

Das Römische Recht unterscheidet die actiones als actiones in rem und in personam.

Es sagt:

namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est vel ex contractu vel ex maleficio: quo casu proditae sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, et aliis quibusdam modis. §. 1. J. 4. 6.

Gemeint ist, es wird gegen denjenigen geklagt, welcher persönlich verpflichtet ist in Folge einer persönlichen causa obligationis. Daß nur contractus und maleficium genannt sind, hat darin seinen Grund, weil contractus und maleficium die unmittelbarsten Weisen der Entstehung einer obligatio sind. Es gehören hierher auch

alle Obligationen ex variis causarum figuris, quasi ex contractu und quasi ex delicto.

Demnächst heißt es:

aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt. eod. l. c.

Gemeint ist, es wird gegen denjenigen geklagt, welcher nicht persönlich, d. h. nicht in Folge einer persönlichen causa obligationis verpflichtet ist.

Dahin werden gerechnet:

1) die Klagen, welche der Eigenthümer einer Sache als solcher anstellt sowohl gegen den widerrechtlichen Besitzer der Sache:

veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus se esse dicat. Nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est. eod. l. c.

als gegen denjenigen, welcher sich ein Recht an der Sache anmaßt:

Contra quoque de usufructu, et de servitutibus praediorum rusticorum, item praediorum urbanorum invicem quoque proditae sunt actiones, ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendi, vel projiciendi, immittendiev, istae quoque actiones in rem sunt, sed negativae. §. 2. l. c.

2) die Klagen, welche auf Grund eines dinglichen Rechts gegen den Eigenthümer einer Sache angestellt werden:

aeque si agat quis, jus sibi esse fundo forte vel aedibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi, agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Ejusdem generis est actio de jure praediorum urbanorum, veluti si quis agat, jus sibi esse altius aedes suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini aedes. eod. l. c.

Abgesehen von superficies und emphyteusis ist bei dieser Eintheilung übergangen die dingliche Klage des Pfandgläubigers.

Die Veranlassung lag darin, weil man überhaupt gewöhnt war, die servitutes praediorum, ususfructus, usus und habitatio als dingliche Rechte besonders zu behandeln, dagegen das Pfandrecht bei der Lehre von den Obligationen.

Das Wesentliche der dinglichen Rechte aber besteht darin, daß jeder nachfolgende Eigenthümer sie anerkennen muß. Daher wird gesagt:

quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui

accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit. Si servus fuit fundus, cum servitutibus transit. l. 20. §. 1. D. 41. 1.

neque ususfructus, neque iter actusve dominii mutatione amittitur. l. 19. D. 7. 4.

si debitor rem tibi jure pignoris obligatam te non consentiente distraxit, dominium cum sua causa transtulit ad emptorem. l. 12. C. 8. 28.

quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per praedia prohibere jure non potuerint, cum eodem onere perferendae servitutis transire ad emptores eadem praedia posse. l. 3. C. 3. 34.

si fundus serviens publicaretur, durant servitutes; quia cum sua conditione fundus publicaretur. l. 23. §. 2. D. 8. 3.

noxae deditio jure non perimit usumfructum, non magis, quam usucapio proprietatis, quae post constitutum usumfructum contingit. l. 17. §. 2. D. 7. 1.

Non mutat usucapio superveniens pro emtore, vel pro herede, quominus pignoris persecutio salva sit; ut enim ususfructus usucapi non potest, ita persecutio pignoris . . . usucapione rei non perimitur. l. 44. §. 5. D. 41. 3.

usucapio pignoris conventionem non extinguit. l. 7. C. 8. 14.

Dagegen wird von dem nur persönlichen Recht des Conductor gesagt:

Emptorem quidem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit. l. 9. C. 4. 65.

Das A. L. R. sagt 1. 2.:

§. 122. Persönliche Verbindlichkeiten heißen diejenigen, wozu nur gewisse Personen ohne Rücksicht auf den Besitz der Sache . . verpflichtet sind.

§. 126. Auch solche Rechte heißen dinglich, deren Gegenstand eine Sache ist, ohne Rücksicht auf die Person, bei welcher diese Sache sich befindet.

§. 127. Dergleichen Rechte, die ihrem Gegenstande nach dinglich sind, heißen Rechte auf die Sache.

§. 130. Wenn die Gesetze von dinglichen Rechten ohne weiteren Beisatz reden, so werden darunter solche, die in Ansehung ihres Gegenstandes dinglich oder Rechte auf die Sache sind, verstanden.

§. 137. Dingliche Rechte auf die Sache können von dem Berechtigten gegen jeden, in dessen Gewahrsam, Besitz oder

Eigenthum die Sache kommt, so lange das Recht selbst dauert, ausgeübt werden.

und l. 19.:

§. 2. Persönliche Rechte zu einer fremde Sache äußern ihre Wirkung auf dieselbe nur so lange, als die Sache sich noch im Besitze des persönlich Verpflichteten befindet.

§. 7. Die aus dinglichen Rechten auf fremden Sachen entstehenden Verpflichtungen muß in der Regel jeder Besitzer derselben anerkennen.

l. 21:

§. 3. Die Verpflichtung, ihm die Ausübung des dinglichen Rechts zu gestatten, geht also auf jeden neuen Eigenthümer der belasteten Sache, der sein Recht von dem Besteller des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts herleitet, mit über.

Das O. G. B. sagt:

§. 307. Rechte, welche einer Person über eine Sache, ohne Rücksicht auf gewisse Personen, zustehen, werden dingliche Rechte genannt. Rechte, welche zu einer Sache nur gegen gewisse Personen unmittelbar aus einem Gesetze oder aus einer verbindlichen Handlung entstehen, heißen persönliche Sachenrechte.

Der Code Napoléon erwähnt die actions réelles und personnelles Art. 2262. Er unterscheidet von den Obligationen die droits sur les biens, indem er sagt:

Art. 543. On peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre.

Unter letzterem Gesichtspunkt werden erwähnt:

usufruit, usage et habitation

und

servitudes ou services fonciers.

Es wird dabei gesagt:

Art. 621. La vente de la chose sujette à usufruit ne fait aucun changement dans le droit de l'usufruitier; il continue de jouir de son usufruit s'il n'y a pas formellement renoncé.

Dasselbe gilt von usage und habitation Art. 625.

Die Servituten werden bezeichnet als:

une charge imposée sur un héritage. Art. 637.

sur leurs propriétés, pourvu que les services établis ne soient imposés à la personne. Art. 686.

Bezüglich des Pfandrechts wird gesagt:

Art. 2076. Dans tous les cas le privilège (de se faire payer sur la chose) ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

Art. 2114. L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles . . .

Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.

Art. 2182. Le vendeur (d'immeubles) ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue: il les transmet sous l'affectation des mêmes priviléges et hypothèques, dont il était chargé.

Auch im Falle der Verpachtung kommt der Fall vor:

si le bailleur vend la chose louée, l'acquereur ne peut expulser le fermier ou le locataire. Art. 1743.

§. 215.

Alle im Eigenthumsrecht enthaltenen Rechte des Eigenthümers über die Sache können zum Gegenstand einer dinglichen Verpflichtung gemacht werden.

Im Römischen Recht wurden nur Rechte bestimmter Art als solche anerkannt, aus denen eine actio in rem entsprang, nämlich abgesehen von superficies und emphyteusis nur:

1) jura praediorum;
2) der ususfructus, d. h. das Recht, eine Sache salva substantia im Uebrigen aber uneingeschränkt zu nutzen;
3) der usus und habitatio, d. h. das Recht, eine Sache in ihrem ganzen Umfange zu gebrauchen (omnis usus. l. 12. §. 3. D. 7. 8.).

uti pro parte non possumus. l. 19. D. 7. 8.

Wurde dagegen der Umfang des Nutzungsrechtes durch Vertrag bestimmt, so war das Gebrauchsrecht kein dingliches Recht (locatio und commodatum).

Jura praediorum, ususfructus, usus und habitatio waren vorzugsweise dingliche Rechte.

4) Das Pfandrecht (pignus, hypotheca) war ebenfalls ein Recht, welches dingliche Wirkung hatte, und zwar in dem Sinne, daß die conventio pignoris, d. h. der durch Vertrag festgestellte Umfang des Rechts von jedem Eigenthümer der Sache, resp. dem Nachfolger im Besitz, anerkannt werden mußte.
5) In Anwendung der Grundsätze von den pactis in rem trat ein eigenthümliches Verhältniß hervor.

Man ging davon aus:

pactorum quaedam in rem sunt, quaedam in personam. l. 7. §. 8. D. 2. 14.

und bestimmte:

personale pactum ad alium non pertinere, quemadmodum nec ad haeredem. l. 25. §. 1. l. c.

Ein pactum in rem war dagegen jedes pactum, welches einer Person zu Statten kam, welche nicht mit paciscirt hatte.

Man nahm an, ein pactum komme einem Dritten zu Statten, wenn der Paciscent ein Interesse dabei hatte, daß das pactum erfüllt werde, also beispielsweise:

Et in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse ejus, qui paciscebatur, interfuit. l. 21. §. 5. l. c.

Der Paciscent hatte ein Interesse, wenn der Dritte einen Anspruch gegen den Paciscenten hatte für den Fall, daß das pactum nicht in Ausführung kam.

Auf diese Weise konnte auch ein nur persönliches Recht an einer Sache gegen einen nachfolgenden Besitzer der Sache zur Geltung gebracht werden, ohne daß der Berechtigte mit ihm paciscirt hatte, namentlich z. B. das Pachtrecht.

Wenn nämlich der Eigenthümer einer Sache dieselbe verpachtet hatte, und demnächst dieselbe veräußerte, so mußte er dafür sorgen:

curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat, alioquin prohibitus agit cum eo ex conducto. l. 25. §. 1. D. 19. 2.

Dies konnte er durch einen Vertrag mit dem Erwerber bewirken:

Emptorem quidem fundi necesse non est, stare colono, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. Verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae-fidei judicio (id), quod placuit, parere cogetur. l. 9. C. 4. 65.

Es ist hier der Fall eines Vertrages zwischen dem Käufer und Verpächter gemeint. In einem solchen Falle konnte der conductor zwar auf Grund des pacti nicht klagen, aber er konnte im Wege der exceptio gegen den Erwerber der Sache sich auf das pactum berufen. Es wurde dadurch das Pachtrecht nicht dinglich, d. h. nicht gegen alle Besitznachfolger wirksam, aber doch gegen den Erwerber der Sache, welcher dem Verpächter versprochen hatte, das Pachtrecht anzuerkennen.

Das A. L. R. geht von einer andern Ansicht aus:

Es sagt I. 19.:

§. 1. Das Eigenthum einer Sache oder eines Rechts kann durch Befugnisse, die einem Andern in Beziehung auf dieselben zukommen, eingeschränkt und belastet werden.

§. 9. Der Eigenthümer kann in seiner Verfügung sowohl

über die Substanz, als über den Gebrauch und die Nutzung seiner Sache durch dergleichen fremde Rechte eingeschränkt sein.

Jedes persönliche Recht zur Sache kann zu einem dinglichen Recht auf die Sache gemacht werden I. 2.:

§. 135. Wenn Demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache.

Mit andern Worten:

Nicht in dem Inhalt des Rechts liegt der Unterschied zwischen dem persönlichen Recht und dem dinglichen Recht, sondern nur die Wirkung unterscheidet beiderlei Arten von Rechten.

Namentlich werden als dingliche Rechte hervorgehoben:

1) Die Rechte auf die Substanz fremden Eigenthums: das Pfandrecht und in gewissem Sinne das Retentionsrecht und Vorkaufsrecht.

2) Die Rechte zum Gebrauch und zur Nutzung fremden Eigenthums, §. 2. 4. I. 21.: das Nießbrauchsrecht (Erbpacht) und die eingeschränkten Nutzungsrechte, §. 227. I. 21., speziell: Leihe und Pacht.

In letzterer Beziehung wird ausdrücklich gesagt:

§. 358. Durch einen freiwilligen Verkauf wird in den Rechten und Pflichten des Miethers oder Pächters nichts geändert.

3) Die Grundgerechtigkeiten.

Das O. G. B. geht im Allgemeinen von der Ansicht des Römischen Rechts aus. Es bezeichnet von den Rechten an fremden Sachen als dingliche Rechte nur:

das Pfand und die Dienstbarkeit §§. 308. 447, sowohl die persönliche Dienstbarkeit, das Recht des Gebrauchs, §. 504, und das Recht der Fruchtnießung, §. 509, als die Grunddienstbarkeit, §. 473.

Es kann jedoch auch das Pachtrecht an unbeweglichen Sachen:

durch Eintragung des Bestandvertrages in die öffentlichen Bücher, §. 1095.

zu einem dinglichen Recht gemacht werden, außerdem ist jedes Pachtrecht wenigstens insoweit dinglich, als der Pächter nur verpflichtet ist,

nach der gehörigen Aufkündigung dem neuen Besitzer zu weichen. §. 1120.

Auch das Vorkaufs- und Wiederkaufsrecht kann durch Eintragung in die öffentlichen Bücher dinglich werden. §§. 1070. 1074.

Der Code Napoléon folgt darin dem Römischen Recht, daß er als eigentlich dingliche Rechte hervorhebt:

usufruit, usage, habitation und services fonciers, und außerdem die hypothèque als droit réel bezeichnet Art. 2114. das gage in gewissem Sinne Art. 2076.

Wesentlich abweichend aber ist die Bestimmung:

Art. 1743. Se le bailleur vend la chose louée l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrât de bail.

§. 216.

Das Recht, in einem gewissen Falle Eigenthum einer bestimmten Sache zu erwerben, kann als dingliche Verpflichtung nur mit Grundeigenthum verbunden werden.

Es sind zwei Gesichtspunkte zu unterscheiden:

1) ob nach der Intention der Kontrahenten nur ein persönliches Recht gegen den Kontrahenten oder ein dingliches Recht gegen Dritte aus dem Vertrage entstehen soll;
2) ob, wenn Letzteres der Fall ist, die Verabredung dritten Personen gegenüber Gültigkeit hat.

Die erstere Frage ist nach der Fassung des Vertrages zu entscheiden. l. 2. 3. 4. C. 4. 54. Namentlich war nach Römischem Recht anzunehmen, es sei auf ein dingliches Recht abgesehen, wenn: der Vertrag dahin ging:

ut inemptae villae essent. l. 8. D. 18. 3.
ut fundus inemptus sit. l. 2. l. c. l. 6. §. 1. D. 18. 1.

Im Falle einer derartigen Verabredung hatte der Veräußernde das Recht zu vindiziren:

vindicare ex conventione. l. 8. D. 18. 3.
vindicationem rei eligere. l. 4. C. 4. 54.
successores ejusdem, cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis. l. 4. C. 4. 64.

Nach der Ansicht des A. L. R. ist bezüglich beweglicher Sachen jede Verabredung einer Resolutivbedingung nur zwischen den Kontrahenten wirksam, denn sie hat keine Wirkung gegen Dritte, wenn:

die Sachen übergeben worden sind. §. 264. 1. 11.

Namentlich kann ein Wiederkaufsrecht und ein Vorkaufsrecht als dingliches Recht an beweglichen Sachen nicht durch Vertrag oder letztwillige Anordnung bestellt werden. §. 311. l. c. §. 572. 1. 20.

Bezüglich unbeweglicher Sachen dagegen kann jede derartige Verabredung durch Eintragung dinglich gemacht werden. §. 265.

I. 11. und Hyp.-Ord. II. §§. 79. 80. 83. 112. sq., namentlich auch das Wiederkaufsrecht §. 311. I. 11. und Vorkaufsrecht §. 570. I. 20.

Im O. G. B. ist die Frage:

ob nach der Intention der Kontrahenten eine bezügliche Verabredung dingliche Wirkung haben soll,

nicht erörtert. Dagegen bestimmt es speziell:

§. 1070. Der Vorbehalt des Wiederkaufs findet nur bei unbeweglichen Sachen Statt.

und:

§. 1073. Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht. In Rücksicht auf unbewegliche Güter kann es... in ein dingliches Recht verwandelt werden.

Abgesehen von diesen Fällen wird man die Grundsätze des Römischen Rechts anwenden müssen.

Die Frage:

ob eine nach der Intention der Parteien dingliche Verabredung dingliche Wirkung hat oder nicht,

wird man nach den Grundsätzen des O. G. B. über den Erwerb dinglicher Rechte an unbeweglichen Sachen dahin beantworten müssen, daß sie dingliche Wirkung hat, sofern sie in die öffentlichen Bücher eingetragen ist.

Das O. G. B. sagt namentlich bezüglich des Wiederkaufsrechts:

Er kann sein Recht zum Nachtheil eines Dritten nur insofern ausüben, als es den öffentlichen Büchern einverleibt ist. §. 1070.

und bezüglich des Vorkaufsrechts:

es kann durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches Recht verwandelt werden. §. 1073.

Bezüglich beweglicher Sachen wird man, soweit eine Vindikation überhaupt zuläßig ist, dieselbe zulassen müssen, sofern der Verabredung nach die Intention der Kontrahenten dinglich sein soll. In diesem Sinne wird gesagt:

Im Falle eines dinglichen Vorkaufsrechts kann die veräußerte Sache dem Dritten abgefordert werden. §. 1079.

Der Code Napoléon enthält eine spezielle Bestimmung für den Fall des pacte de rachat:

Art. 1664. Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été declaré dans le second contrât.

Der pacte de rachat hat also immer dingliche Wirkung, wenigstens gegen den second possesseur. Ob auch gegen den dritten und folgenden Besitzer ist nicht gesagt.

Abgesehen von diesem Falle wird man annehmen müssen, daß,

soweit bezüglich beweglicher Sachen die Vindikation überhaupt zulässig ist, und allgemein bezüglich unbeweglicher Sachen, es sich um eine Resolutivbedingung handelt, die Grundsätze des Römischen Rechts beibehalten worden sind. Daher wird gesagt:

Art. 2125. Ceux, qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision.

namentlich im Falle der Schenkung:

Art. 954. Dans le cas de révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire; et le donateur aura, contre les tiers détenteurs des immeubles donnés, tous les droits qu'il aurait contre le donataire lui même.

2. Begriff der dinglichen Berechtigung.

§. 217.

Eine Berechtigung ist dinglich, wenn sie auf eine solche Weise mit dem Eigenthum eines Grundstücks verbunden ist, daß sie allen dem Berechtigten nachfolgenden Eigenthümern des Grundstücks zusteht.

Derartige Berechtigungen sind im Römischen Recht nur die jura praediorum, servitutes rerum, servitutes rusticorum praediorum et urbanorum.

Es wird daher von ihnen gesagt:

Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur, quoniam sine praediis constitui non possunt; nemo enim potest servitutem acquirere vel urbani, vel rustici praedii, nisi qui habet praedium. l. 1. §. 1. D. 8. 4.

und:

Cum fundus fundo servit, vendito quoque fundo servitutes sequuntur. Aedificia quoque fundis, et fundi aedificiis eadem conditione serviunt. l. 12. l. c.

Quotiens autem dominium transfertur, ad eum, qui accipit, tale transfertur, quale fuit apud eum, qui tradit . . . et si forte servitutes debebantur fundo, qui traditus est, cum jure servitutum debitarum transfertur. l. 20. §. 1. D. 41. 1.

Si fundus, cui servitus debetur, publicaretur, durant

servitutes; quia cum sua conditione quisque fundus publicaretur. l. 23. §. 2. D. 8. 3.

Wenn eine Berechtigung nur als eine rein persönliche Berechtigung erschien, wurde sie nicht als Servitut anerkannt:

Ut pomum decerpere liceat, (et) ut spatiari, (et) ut coenare in alieno possimus, servitus imponi non potest. l. 8. pr. D. 8. 1.

Das A. L. R. sagt 1. 2.:

§. 125. Ein Recht ist dinglich, wenn die Befugniß zur Ausübung desselben mit einer Sache ohne Rücksicht auf eine gewisse Person verbunden ist.

Bezüglich Sacheigenthum findet jedoch eine derartige Verbinbindung nicht Statt.

Dagegen gehören hierher die Grundgerechtigkeiten 1. 22.:

§. 12. Kommt dergleichen Befugniß einem Grundstücke gegen das andere zu, so wird solches eine Grundgerechtigkeit genannt.

Das O. G. B. sagt:

§. 473. Wird das Recht der Dienstbarkeit mit dem Besitze eines Grundstücks verknüpft, so entsteht eine Grunddienstbarkeit.

§. 474. Grunddienstbarkeiten setzen zwei Grundbesitzer voraus, deren einem als Verpflichteten das dienstbare, dem Andern als Berechtigten das herrschende Gut gehört.

§. 485. Keine Servitut läßt sich eigenmächtig auf eine andere Sache oder Person übertragen.

Der Code Napoléon:

Art. 637. Une servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés en faveur de la personae, mais seulement à un fonds. Art. 686.

§. 218.

Eine dingliche Berechtigung darf zu ihrem Gegenstand nicht die Leistung von Handlungen, sondern nur eine Beschränkung der Rechte des Grundeigenthümers über sein Grundeigenthum haben. Nur zum Zwecke der Ausübung oder Erhaltung der Grundgerechtigkeit können Seitens des Verpflichteten Handlungen und Leistungen übernommen werden.

Im Römischen Recht war eine dingliche Berechtigung nur anerkannt in dem Sinne:

fundus fundo servit. l. 12. D. 8. 4.

Die Servitut mußte gegen ein Grundstück gerichtet sein:

servitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt. l. 3. D. 8. 1.

Nach strengem Recht mußten sie dem dienenden Grundstück unbedingt als dingliche Verpflichtung auferlegt werden:

Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia: quamdiu volam) constitui possunt. l. 4. pr. l. c.

Demnächst aber wurde bestimmt:

sed tamen si haec adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Idque et Sabinum respondisse Cassius retulit, et sibi placere. eod. l. c.

Es konnte hiernach auch bestimmt werden, daß die Servitut nur so lange bestehe, als der Verpflichtete Besitzer des dienenden Grundstücks blieb, d. h. die Verpflichtung konnte auch eine persönliche sein.

Dagegen durfte sie nicht in dem Sinne persönlich sein, daß einer Person die Verpflichtung auferlegt wurde, Etwas zu thun:

Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat) sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. l. 15. §. 1. l. c.

Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, ut quis facere aliquid cogereretur, sed ne me facere prohiberet. l. 6. §. 2. D. 8. 5.

Man dehnte diesen Satz dahin aus:

in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. eod. l. c.

und machte nur die eine Ausnahme:

Etiam de servitute, quae oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit, ut et onera ferat, et aedificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est . . .

Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda. eod. l. c.

Eum debere columnam restituere, quae onus vicinarum aedium ferebat, cujus essent aedes, quae servirent, non eum, qui imponere vellet . . . si ea res,

quae servit, et tuum onus ferret, periisset, alia in ejus locum dari debeat. l. 33. D. 8. 2.

Die anscheinend hierin liegende Belastung der Person wird durch die Betrachtung negirt:

Labeo autem, hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere scribit. l. 6. §. 2. D. 8. 5.

Auch war der Verpflichtete nur zur Wiederherstellung der Mauer ꝛc. verpflichtet, nicht zur Unterstützung des nachbarlichen Gebäudes während der Wiederherstellung:

Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita fultura aedificiorum vicini, cui servitus debetur, quamdiu paries reficietur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere. Nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. l. 8. pr. l. c.

Daher sagte man:

Et hic quoque, sicut in caeteris servitutibus, actio contraria dabitur, hoc est, jus tibi non esse me cogere. eod. l. c.

Mit Rücksicht auf die einzelnen Weisen der Beschränkung der Rechte des Grundeigenthümers über sein Grundeigenthum, wurden bestimmte Arten derselben als Servituten anerkannt:

Urbanorum praediorum jura talia sunt. l. 2. D. 8. 2.
Servitutes rusticorem praediorum sunt hae. l. 1. pr. D. 8. 3.

Sie waren ihrem rechtlichen Inhalte nach gesetzlich bestimmt, jedoch galt der Satz:

modum adjici servitutibus posse constat. l. 4. §. 1. D. 8. 1.

Einzelne Arten wurden zwar nach strengem Recht nicht als Servituten anerkannt, jedoch später auch als solche geschützt:

rescripto Imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur, licet servitus jure non valuit, si tamen hac lege comparavit, seu alio quocunque legitimo modo sibi hoc jus acquisivit, tuendum esse eum, qui hoc jus possedit. l. 2. D. 8. 4.

Das A. L. R. sagt allgemein I. 2.:

§. 128. Rechte, welche in Beziehung auf das Subjekt, dem sie zukommen, dinglich sind, können in Rücksicht auf ihren Gegenstand bloß persönlich oder zugleich Rechte auf die Sache sein.

Durch die neuere Gesetzgebung sind jedoch die nur auf der Person lastenden Verpflichtungen aufgehoben worden.

Dagegen ist es auch jetzt noch zulässig, die einer dinglichen Be=

rechtigung entsprechende Verpflichtung bezüglich eines Grundstücks nur persönlich zu übernehmen.

Es sind ferner durch die neuere Gesetzgebung alle auf Grundeigenthum haftenden Verpflichtungen zu Handlungen und Leistungen für ablösbar erklärt, so daß jetzt nur noch eigentliche Grundgerechtigten, d. h. Einschränkungen eines Grundeigenthümers in Ausübung seiner Eigenthumsrechte neu errichtet werden können. §. 25. I. 22.

Soweit eine Grundgerechtigkeit besteht, gilt der Satz I. 22.:

§. 30. Daß der Besitzer des belasteten Grundstücks thätige Hülfe zur Ausübung der Grundgerechtigkeit zu leisten schuldig sei, wird nicht vermuthet.

Es kann aber das Gegentheil verabredet werden, soweit darin keine unzulässige Beschränkung der persönlichen Freiheit liegt.

Speziell wird dann noch verordnet:

§. 35. Hat der Berechtigte die Grundgerechtigkeit durch einen lästigen Vertrag erworben, so ist der Verpflichtete schuldig, sein Grundstück auf eigene Kosten in der Verfassung zu erhalten, daß der Berechtigte seine Befugniß darauf ausüben könne.

§. 36. Aber auch außer diesem Falle muß der Verpflichtete, zur Unterhaltung der belasteten Sache in diesem Zustande, verhältnißmäßigen Beitrag leisten, wenn er von der Sache einen Gebrauch von eben der Art, wie der Berechtigte hat, und sich dessen ferner bedienen will.

und speziell bezüglich des Rechts auf die eigenthümliche Mauer eines Andern zu bauen, oder einen Balken auf dieselbe zu legen:

§. 56. Eine solche Mauer muß der Eigenthümer unterhalten oder das Eigenthum derselben aufgeben.

§. 57. Wenn der Eigenthümer einer Mauer, die das Gebäude eines Andern unterstützt, dieselbe ausbessert oder von Neuem aufführt, so muß er das Gebäude so lange auf seine Kosten unterstützen.

§. 58. Hat aber ein bloßer Zufall den Bau nothwendig gemacht, oder wird selbiger von dem Verpflichteten bloß zum Besten des Berechtigten geführt, so muß Letzterer für die Unterstützung seines Gebäudes in der Zwischenzeit, bis der Bau vollendet werden kann, selbst sorgen.

Das O. G. B. sagt:

§. 472. Durch das Recht der Dienstbarkeit wird ein Eigenthümer verbunden, zum Vortheil eines Andern in Rücksicht seiner Sache Etwas zu dulden oder zu unterlassen.

Es ist ein dingliches gegen jeden Besitzer der dienstbaren Sache wirksames Recht.

Es können Begünstigungen, die ordentlicher Weise Servi-

tuten sind, nur bloß auf Widerrufen zugestanden werden. §. 479.

§. 482. Alle Servituten kommen darin überein, daß der Besitzer der dienstbaren Sache in der Regel nicht verbunden ist, Etwas zu thun, sondern nur einem Andern die Ausübung eines Rechts zu gestatten, oder das zu unterlassen, was er als Eigenthümer sonst zu thun berechtigt wäre.

§. 483. Daher muß auch der Aufwand zur Erhaltung und Herstellung der Sache, welche zur Dienstbarkeit bestimmt ist, in der Regel von dem Berechtigten getragen werden.

Wenn aber diese Sache auch von dem Verpflichteten benutzt wird, so muß er verhältnißmäßig zu dem Aufwande beitragen, und nur durch Abtretung derselben an den Berechtigten kann er sich, auch ohne dessen Beistimmung, von dem Beitrage befreien.

§. 487. Wer die Last des benachbarten Gebäudes zu tragen, die Einfügung des fremden Balkens an seiner Wand, oder den Durchzug des fremden Rauchs in seinen Schornstein zu dulden hat, der muß verhältnißmäßig zur Erhaltung der dazu bestimmten Mauer, Säule, Wand oder des Schornsteins beitragen. Es kann ihm aber nicht zugemuthet werden, daß er das herrschende Gut unterstützen oder den Schornstein des Nachbars ausbessern lasse.

Der Code Napoléon bezeichnet die servitude als:

une charge imposée sur un héritage. Art. 637.

Art. 686. Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne ni. . . mais seulement à un fonds, . . . et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue; à défaut de titre, par les règles ci-après.

Art. 698. Ces ouvrages (nécessaires pour en user et pour la conserver) sont à ses frais (celui auquel est due une servitude) et non a ceux du propriétaire du fonds assujéti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

Art. 699. Dans le cas, même où le propriétaire du fonds assujéti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds, auquel la servitude est due.

B. Begründung und Aufhebung der dinglichen Verpflichtung.

1. Begründung.

§. 219.

Eine Verpflichtung wird dinglich:

1) bezüglich beweglicher Sachen durch Uebertragung des Besitzes der Sache an den Berechtigten;

2) bezüglich unbeweglicher Sachen durch Eintragung der Berechtigung in den öffentlichen über das Grundeigenthum angelegten Büchern.

Dem Römischen Recht ist diese Auffassungsweise völlig fremd. Alle dinglichen Rechte können durch einfachen Vertrag begründet werden.

a. Bezüglich des ususfructus und usus wird dies ausdrücklich gesagt:

> Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. l. 3. pr. D. 7. 1. §. 1. J. 2. 4.

Es wird zwar auch gesagt:

> per traditionem vel stipulationem vel alium quemcunque modum. l. 25. §. 7. D. 7. 1.

Jedenfalls ergiebt aber auch diese Stelle, daß durch eine stipulatio für sich allein der ususfructus begründet werden konnte.

Der usus steht dem ususfructus gleich:

> quibus autem modis ususfructus constitit, iisdem modis etiam nudus usus solet constitui. l. 3. §. 3. D. 7. 1.

b. Bezüglich der Servituten, sowohl praediorum urbanorum als rusticorum wird gesagt, sie würden konstituirt:

> per traditionem vel per patientiam. l. 11. §. 1. D. 6. 2. und l. 1. §. 2. D. 8. 3.

An eine wirkliche traditio ist dabei nicht zu denken, denn es gilt der Grundsatz:

> Incorporales res traditionem non recipere, manifestum est. l. 43. § 1. D. 41. 1.

Man könnte unter traditio nur die in Folge Vertrages zugelassene Ausübung der Servitut verstehen:

> usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. l. 20. D. 8. 1.

allein auch in diesem Sinne sind jene Stellen nicht aufzufassen.

Es kommt bezüglich der Servituten allerdings auch ein Besitz der Servitut vor (usus), aber nur in dem Sinne, um zu bestimmen, wer die auf den Besitz gegründeten Rechte hat. Es wird in dieser Beziehung namentlich gesagt:

natura servitutum ea est, ut possideri non possint, sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet. l. 32. §. 1. D. 8. 2.

und in Folge dessen:

et si forte non habeam aedificatum altius in meo, adversarius meus possessor est . . sed si patiente eo aedificavero, ego possessor ero effectus. l. 6. §. 1. D. 8. 5.

Es tritt dabei die Eigenthümlichkeit hervor:

possessorem esse eum juris et petitorem. eod. l. c.

Dagegen wird nirgends gesagt, daß, um überhaupt das Recht der Servitut geltend machen zu können, namentlich durch Klage, man vorher einen Besitz erlangt haben müsse.

Vielmehr ist unter traditio im Gegensatz von patientia (forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci. l. 11. §. 1. D. 6. 2.), nur:

die ausdrückliche Einräumung einer Servitut durch Vertrag zu verstehen.

Daher sagt auch Justinian in gleicher Weise wie bezüglich des usus fructus:

Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. §. 4. J. 2. 3.

c. Das pignus als Realkontrakt erforderte Uebergabe der Sache, aber nur von dem Gesichtspunkte aus, daß dadurch das pactum vollgültig wurde. Jedoch galt dabei der Satz:

de pignore jure honorario nascitur pacto actio. l. 17. §. 2. D. 2. 14.

Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. l. 1. pr. D. 13. 7.

Das A. L. R. enthält eine ganz abweichende Ansicht.

Es sagt 1. 2.:

§. 131. Die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, heißt die Erwerbungsart.

§. 132. Der gesetzliche Grund, vermöge dessen diese Handlung oder Begebenheit die Kraft hat, daß dadurch das Recht erworben werden kann, wird der Titel genannt.

§. 133. Die Erwerbung eines Rechts auf fremde Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus.

§. 134. Dieses persönliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht, heißt der Titel dieses dinglichen Recht.

Bezüglich dieser Erwerbungsart wird zwar ganz allgemein gesagt:

§. 135. Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache.

In dieser Allgemeinheit gilt jedoch der Satz nur von beweglichen Sachen.

Bezüglich unbeweglicher Sachen ist in der Regel die Eintragung die Weise, wie ein Recht dinglich gemacht wird.

Vom Eigenthum ist bereits gehandelt.

1) Bezüglich des Pfandrechts wird als gesetzmäßige Erwerbungsart bezeichnet I. 20.:

a) die Uebergabe der Sache (Pfandrecht im engeren Sinne) §. 7.;

b) die gerichtliche Eintragung auf Grundstücke (das Recht einer Hypothek) §. 8.

Demnächst heißt es ferner:

§. 71. Das Pfandrecht im engeren Sinne kann mittelst Einräumung des Besitzes auf bewegliche und unbewegliche Sachen bestellt werden.

allein es wird weiter bestimmt:

§. 99. Soll eine unbewegliche Sache zum Pfande gegeben werden, so ist die bloße Naturalübergabe zur Einräumung des wirklichen Pfandrechts noch nicht hinreichend.

§. 100. Vielmehr muß annoch der Vermerk des bestellten Pfandrechts im Hypothekenbuche hinzukommen.

2) Bezüglich der Grundgerechtigkeiten I. 22.:

§. 18. Grundgerechtigkeiten, welche den Nutzungs-Ertrag des belasteten Grundstücks schmälern und gleichwohl durch keine in die Augen fallende Kennzeichen oder Anstalten angedeutet werden, muß der Berechtigte in das Hypothekenbuch des belasteten Grundstücks eintragen lassen.

§. 19. Besonders gilt dies von Hütungs- und Holzungsgerechtigkeiten.

Diese Bestimmung, sowie die §§. 20—23., nicht auch §. 24., ist durch den Anhangs-Paragraphen 58. aufgehoben worden. Darnach hat die unterlassene Eintragung:

niemals den Verlust einer wirklich bestehenden Servitut zur Folge.

Es genügt also jetzt zur Einräumung einer jeden Servitut:

eine rechtsgültige Willenserklärung.

Auf diese Weise ist die Grundansicht des A. L. R. über den Erwerb dinglicher Rechte wesentlich verletzt, und es ist zu wünschen, daß man zu den Grundsätzen des A. L. R. zurückkehre.

Es ist sogar zu wünschen, daß die Bestimmung, wonach:

Grundgerechtigkeiten, die den Nutzungsertrag des belasteten Grundstücks nicht schmälern, §. 17.

auch ohne Eintragung dinglich sind, aufgehoben werde.

3) Bezüglich der Gebrauchs- und Nutzungsrechte sagt das A. L. R. 1. 21.:

§. 2. Soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts.

Dieser Satz findet Anwendung bezüglich beweglicher Sachen. Bezüglich unbeweglicher Sachen wird gesagt:

§. 4. Bei Grundstücken und Gerechtigkeiten hat die Eintragung des Rechts in das Hypothekenbuch die Wirkungen des körperlichen Besitzes der Sache (d. h. die Befugniß des Berechtigten hat die Eigenschaft eines dinglichen Rechts, §. 2.).

4) Ferner wird die Eintragung erwähnt, um dinglich zu machen:

a) die beim Verkauf einer Sache gestellten Bedingungen, §. 265. 1 11., namentlich das Wiederkaufsrecht, §. 311.

b) das Vorkaufsrecht, §. 570. 1. 20.

Das O. G. B, sagt:

§. 443. Mit dem Eigenthum unbeweglicher Sachen werden auch die darauf haftenden, in den öffentlichen Büchern angemerkten Lasten übernommen.

§. 445. Nach den in diesem Hauptstück über die Erwerbungsart des Eigenthumsrechts unbeweglicher Sachen gegebenen Vorschriften hat man sich auch bei den übrigen auf unbewegliche Sachen sich beziehenden dinglichen Rechten zu verhalten.

Alle dinglichen Rechte können, außer den in den Gesetzen bestimmten Fällen, nur durch die rechtliche Uebergabe und Uebernahme erworben werden. §. 425.

Speziell verordnet es dann:

a) bezüglich des Pfandrechts:

§. 451. Um das Pfandrecht zu erwerben, muß der mit einem Titel versehene Gläubiger die verpfändete Sache, wenn sie beweglich ist, in Verwahrung nehmen, und wenn sie unbeweglich ist, seine Forderung auf die zur Erwerbung des Eigenthums liegender Güter vorgeschriebene Art einverleiben lassen. Der Titel allein giebt nur ein persönliches Recht zu der Sache, aber kein dingliches Recht auf die Sache.

b) bezüglich der Dienstbarkeiten, sowohl der persönlichen als Grunddienstbarkeiten:

§. 481. Das dingliche Recht der Dienstbarkeit kann auf unbewegliche Sachen und überhaupt auf solche Gegenstände, die in öffentlichen Büchern eingetragen sind, nur durch die Eintragung in dieselben erworben werden, auf andere Sachen

aber erlangt man es durch die oben angegebenen Arten der Uebergabe.

c) bezüglich des Bestandvertrages:

§. 1095. Wenn ein Bestandvertrag in die öffentlichen Bücher eingetragen ist, so ist das Recht des Bestandnehmers als ein dingliches Recht zu betrachten, welches sich auch der nachfolgende Besitzer auf die noch übrige Zeit gefallen lassen muß.

d) bezüglich des Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts:

Der Verkäufer kann sein Recht zum Nachtheil eines Dritten nur insofern ausüben, als es den öffentlichen Büchern einverleibt ist. §. 1070.

Das Vorkaufsrecht ist in der Regel ein persönliches Recht.

In Rücksicht auf unbewegliche Sachen und Güter kann es durch Eintragung in die öffentlichen Bücher in ein dingliches verwandelt werden. §. 1073.

Nach dem Code Napoléon entsteht das dingliche Recht des usufruit, usage und habitation:

par la volonté de l'homme, Art. 579.

und das dingliche Recht der servitude durch:

conventions entre les propriétaires, par titre. Art. 639. 690.

Bezüglich des Pfandrechts aber ist zu unterscheiden:

a) l'hypothèque sur les immeubles.

Im Allgemeinen giebt nur die inscription:

au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque. Art. 2146.

dingliches Recht:

Art. 2166. Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe.

Art. 2167. Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires.

Es gilt aber die Ausnahme:

Art. 2135. L'hypothèque existe indépendamment de toute inscription:

1) au profit des mineurs et interdits, sur les immeubles appartenant à leur tuteur à raison de sa gestion du jour de l'acceptation de la tutelle;
2) au profit des femmes pour raison de leurs dot et

conventions matrimoniales, sur les immeubles de leur mari. et à compter du jour de mariage.

Auch nach der Veräußerung des immeuble kann die inscription bewirkt werden, der Erwerber kann jedoch nach Art. 2193 ff. purger les hypothèques:

Art. 2195. Si dans le cours de deux mois de l'exposition du contrât il n'a pas été fait d'inscription du chef des femmes, mineurs ou interdits, sur les immeubles vendus ils passent à l'acquéreur sans aucune charge, à raison des dot, reprises et conventions matrimoniales de la femme, ou de la gestion du tuteur.

Nach Verlauf dieser zwei Monate hört also das dingliche Recht auf, wenn nicht inzwischen inscription veranlaßt ist.

Außerdem gilt der Satz (Code de procédure Art. 834.):

Les créanciers qui, ayant une hypothèque aux termes des Art. 2123. 2127. et 2128. du Code civil (4.), n'auront pas fait inscire leurs titres antérieurement aux aliénations, qui seront faites à l'avenir des immeubles hypothèques, ne seront reçus à réquerir la mise aux enchères, conformément aux dispositions du chap. VIII. titre XVIII. du livre III. du Code civil, qu'en justifiant de l'inscription, qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de propriété et au plus tard dans la quinzaine de la transcription de cet acte.

Die priviléges sur les immeubles, sie mögen:

exceptés de la formalité de l'inscription (Art. 2107.)

oder:

soumis à la formalité de l'inscription

sein, haben immer dingliche Wirkung:

ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires. Art. 2113.

Les créancieres ayant privilége . . sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe. Art. 2166.

Auch bezüglich der:

créanciers ayant privilége sur les immeubles

kommt aber Art. 834. Code de procédure in Anwendung jedoch:

sans préjudice des autres droits résultant au vendeur et aux héritiers, des Art. 2108. et 2109. du Code civil (5.)

Die Antichrèse giebt dingliches Recht nur im Falle des Hinzutritts von privilége oder hypothèque Art. 2091.

b) das gage erlangt dingliche Wirkung dadurch:

que ce gage a été mis en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties. Art. 2076.

§. 220.

Eine Grundgerechtigkeit, welche als solche durch eine aus dem berechtigten Grundstück in das dienende Grundstück gehende bauliche Anlage kenntlich gemacht ist, ist auch ohne Eintragung dinglich.

In einem solchen Falle liegt eine materielle erkennbare Erweiterung des Grundeigenthums vor. Diese materielle Erkennbarkeit vertritt die Stelle der Eintragung.

Das A. L. R. enthält eine bezügliche Bestimmung I. 22.:

> §. 16. Grundgerechtigkeiten, deren Dasein aus einer zu ihrer Ausübung in der belasteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage von einem Jeden erkannt werden kann, bedürfen keiner Eintragung in das Hypothekenbuch und gehen auch ohne diese auf jeden Besitzer der belasteten Sache über.

Die Worte:

> deren Dasein aus einer zu ihrer Ausübung in der belasteten Sache vorhandenen fortwährenden Anlage von einem Jeden erkannt werden kann,

ergeben, daß man das Vorhandensein einer fortwährenden Anlage in dem belasteten Grundstück allein nicht für ausreichend gehalten hat.

Man hat vielmehr eine solche Anlage vorausgesetzt, welche schon durch ihr Vorhandensein allein, also abgesehen von einem besonderen Akt der Ausübung der Servitut, die Existenz der Servitut erkennbar macht. Dies thut aber eine Anlage im dienenden Grundstück nur dann, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang derselben mit einer Anlage im herrschenden Grundstück ihre Zugehörigkeit zum, resp. Abhängigkeit vom herrschenden Grundstück augenscheinlich macht, das heißt, wenn die Anlage aus dem herrschenden in das dienende Grundstück hineingeht. Wo ein solcher Zusammenhang nicht sichtbar ist, da läßt das Vorhandensein einer Anlage im dienenden Grundstück für sich allein läßt nicht erkennen, daß die Anlage Folge einer Grundgerechtigkeit ist, sie kann auch Folge des Eigenthumsrechtes des bezüglichen Grundeigenthümers sein. Tritt aber zu einer solchen Anlage die Ausübung durch den Eigenthümer des herrschenden Grundstücks hinzu, so wird das Vorhandensein der Grundgerechtigkeit nicht durch die Anlage allein erkennbar, sondern nur durch die hinzukommende Ausübung der Grundgerechtigkeit. Eine solche Grundgerechtigkeit unterscheidet sich also nicht wesentlich von allen anderen Grundgerechtigkeiten, die durch ihre Ausübung erkennbar werden. Nur wenn eine materielle Erweiterung des Grundeigenthums über

die Grenzen des Grundstücks hinaus vorliegt, ergiebt sich unmittelbar das Vorhandensein einer Servitut.

§. 221.

Die Verpflichtung, den Gebrauch oder die Nutzung eines Grundstücks zu gewähren, wird dinglich durch Eintragung und außerdem durch Einräumung des Besitzes der Sache zum Zwecke der Ausübung des Gebrauchs- oder Nutzungsrechts, und zwar soweit sich der Besitz erstreckt.

Alle Nutzungsrechte, welche nicht mit dem Besitz der Sache verbunden sind, können also nur durch Eintragung dinglich werden, also z. B. das Recht, aus einem Grundstück bestimmte Nutzungen zu entnehmen. In diesem Sinne sind also die Worte des A. L. R. aufzufassen 1. 21.:

> §. 5. Nutzungsrechte, die weder mit dem Besitze der Sache verbunden, noch im Hypothekenbuch eingetragen sind, können in der Regel nur so lange ausgeübt werden, als die belastete Sache sich in den Händen desjenigen, der dem Berechtigten persönlich verpflichtet war oder seiner Erben befindet.

Nur wenn zum Zwecke der Ausübung des Nutzungsrechts die Sache ganz oder in bestimmtem Umfange in den Besitz des Berechtigten gegeben wird, wird das Recht dinglich durch Uebertragung des Besitzes, und zwar in dem Umfange, in welchem der Besitz übertragen wird.

Es gehört hierher der Fall, wenn der Gebrauch einer bestimmten Räumlichkeit Jemandem übertragen wird, und er deshalb in den Besitz dieser Räumlichkeit gesetzt wird, also bei Miethe einer Wohnung, eines Gelasses, oder wenn die Nutzung des Grundstücks oder eines bestimmten realen Theils Jemandem übertragen, und ihm deshalb der Besitz der ganzen Sache oder des bestimmten realen Theils eingeräumt wird.

Nur das A. L. R. kennt diese Art des dinglichen Rechts. Es sagt 1. 21.:

> §. 2. Soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder zu nutzenden Sache befindet, hat seine Befugniß die Eigenschaft eines dinglichen Rechts.

d. h. also in demjenigen Umfange, in welchem der Besitz eingeräumt wird.

2. Aufhebung der dinglichen Verpflichtung.

§. 222.

Durch Löschung der Verpflichtung in den Grundbüchern, durch Verlust des Besitzes Seitens des Berechtigten und durch das Verschwinden der baulichen Anlage verliert die in entsprechender Weise dinglich gewordene Verpflichtung die Eigenschaft der Dinglichkeit.

Der Grund, weshalb jeder dritte Erwerber der Sache die Verpflichtung anerkennen muß, liegt darin, daß ihre Existenz für jeden Erwerber der Sache erkennbar gemacht ist, daraus folgt nothwendig, daß, sobald diese Erkennbarkeit wegfällt, auch die Dinglichkeit aufhören muß.

Inwieweit die Verpflichtung selbst aufhört, ist hier nicht zu erörtern.

Bezüglich der durch Eintragung dinglich gewordenen Verpflichtungen folgt das Aufhören der Dinglichkeit unmittelbar daraus, weil nur die eingetragene Verpflichtung dinglich ist.

Die Hypotheken-Ordnung sagt daher II.:

> §. 284. Sobald eine Post im Hypothekenbuch gelöscht worden, verliert sie das mit der Ingrossation verbundene Vorzugsrecht.

und resp. Realrecht, z. B. das Pfandrecht, A. L. R. 1. 20.:

> §. 524. Durch eine gehörig erfolgte Löschung wird das dingliche Recht des Gläubigers aufgehoben.

und das Recht der Grundgerechtigkeit §§. 53. 54. 1. 22.

Das O. G. B. sagt:

> dingliche Rechte werden nur durch die Löschung in den öffentlichen Büchern aufgehoben. §§. 444. 445.

und:

> Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuldurkunde aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. §. 469.

Der Code Napoléon enthält verschiedene Weisen der Aufhebung des dinglichen Rechts der Hypotheken und Privilegien.

1) Rechtmäßige Löschung:

> Art. 2157. Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées ou en vertu d'un jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée.

2) in Analogie der Löschung:

> Art. 2198. L'immeuble à l'égard duquel le conser-

vateur aurait omis dans ses certificats une ou plusieurs des charges inscrites, en demeure, sauf la responsabilité du conservateur, affranchi dans les mains du nouveau possesseur, pourvu qu'il ait requis le certificat depuis la transcription de son titre.

vorbehaltlich der Rechte auf das Kaufgeld:

sans préjudice néanmoins du droit des créanciers de se faire colloquer suivant l'ordre, qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par l'acquéreur ou tant que l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué.

3) Der neue Erwerber hat in Folge der transcription du titre, nach näherer Anleitung der Art. 2181. sq., das Recht:

de purger les propriétés des priviléges et hypothèques.

4) Endlich gilt der Grundsatz:

Art. 2154. Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date; leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvellées avant l'expiration de ce delai.

Bezüglich der durch Besitz dinglich gewordenen Verpflichtungen verordnet das A. L. R.:

a) In Betreff des Pfandes I. 20.:

§. 118. So lange der Pfandinhaber sich dieses Besitzes nicht freiwillig begeben hat, ist er befugt, das ihm entzogene Pfand von einem Jedem, auch von dem Schuldner selbst, zurückzufordern.

Durch das freiwillige Aufgeben des Besitzes wird nach §. 117. I. 7. der Besitz verloren.

Es wird daher auch allgemein gesagt I. 20.:

§. 244. Der Gläubiger verliert sein Pfandrecht, wenn er den Besitz des Pfandes verloren und sein Recht zur Rückforderung desselben innerhalb der gesetzmäßigen Frist nicht ausgeübt hat.

Der Verlust der Gewahrsam hat dagegen den Verlust des Pfandrechts nicht zur Folge, namentlich nicht der weitere Versatz §. 133., und wenn der Schuldner dem Pfandinhaber:

durch Gewalt oder List

den Gewahrsam entzieht l. c. und §§. 96—108. 112. 122. I. 7.

Nur wenn:

die Sache in den Gewahrsam des Schuldners zurückgegeben wird, damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle,

hört das Pfandrecht auf. §. 105. I. 20.

b) Das Gebrauchs- und Nutzungsrecht hat die Eigenschaft eines dinglichen Rechts,

soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze der zu gebrauchenden oder nutzenden Sache befindet. §. 2. 1. 21.

Der Verlust der Gewahrsam allein hat den Verlust des Besitzes nicht zur Folge. §. 112. 1. 7.

Es gilt vielmehr auch hier der Satz 1. 7.:

§. 113. Vielmehr wird der Besitz so lange für fortgesetzt geachtet, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellet.

Ein Verlust des Besitzes tritt speziell ein:

1) wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen (z. B. wenn ein vermiethetes Haus abbrennt). §. 116. 1. 7.
2) wenn der Besitzer bei Aufgebung der Gewahrsam durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle (also z. B. wenn sich ein Miether mit seinen Sachen aus einer gemietheten Wohnung entfernt und die Wohnung unverschlossen läßt). §. 117. 1. 7.
3) wenn ein Anderer (also auch ein neuer Eigenthümer) den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache (z. B. einer vom Miether verlassenen Wohnung) auf eine fehlerfreie Art ergriffen hat. §. 122. 1. 7.
4) soweit Jemand seinen Besitz einem Andern überträgt (also namentlich der Miether an den Eigenthümer). §. 123. 1. 7.

Durch Untervermiethung dagegen (durch Einräumung des unvollständigen Besitzes an einen Andern, §. 124. 1. 7.), wird der Besitz des Hauptmiethers fortgesetzt.

Nach vorstehenden Gesichtspunkten ist also auch die Frage zu entscheiden:

inwieweit ein Gebrauchs- und Nutzungsberechtigter einem neuen Eigenthümer gegenüber ein dingliches Recht hat.

So lange der Gebrauchs- oder Nutzungsberechtigte den Besitz nicht verloren hat, hat sein Recht dingliche Wirkung; keineswegs aber ist hier der Gesichtspunkt vom Glauben des Hypothekenbuchs maaßgebend, wie Bornemann meint IV. 265. ff., denn welche Gebrauchs- und Nutzungsrechte bestehen, das hat der neue Erwerber nicht aus dem Hypothekenbuche zu ersehen, sondern er muß sich in dieser Beziehung um die bestehenden Besitzverhältnisse kümmern, und zwar nicht, wie Bornemann meint:

weil der Besitztitel nur auf Grund der Naturalübergabe berichtigt werden dürfe und dabei sich die Nutzungsrechte offenbaren müssen;

denn nach dem A. L. R. und der Hypotheken-Ordnung ist Naturalübergabe kein Erforderniß zur Besitztitelberichtigung, sondern einfach aus dem Grunde, weil nach dem A. L. R. derartige Gebrauchs- und Nutzungsrechte durch Besitz dinglich werden.

Eine Vergleichung dieser Rechte mit dem Pfandrecht und Servituten ist aber deshalb nicht passend, weil nur die Gebrauchs- und Nutzungsrechte in Bezug auf unbewegliche Sachen durch Besitz dinglich werden. Nur den allgemeinen Gesichtspunkt haben alle dinglichen Rechte gemein, daß das Recht erkennbar sein muß. Im vorliegenden Falle liegt die Erkennbarkeit im Besitz, deshalb muß auch wirklicher Besitz vorhanden sein.

Das O. G. B. sagt:

> Wenn sich der Gläubiger seines Rechts auf die Sache gesetzmäßig begiebt, oder wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt, so erlischt das Pfandrecht. §. 467.

und der Code Napoléon:

> Art. 2076. Dans tous les cas le privilége ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

c) Wenn eine Servitut in Folge einer baulichen Anlage dinglich ist, so liegt die Erkennbarkeit im Vorhandensein der Anlage; daraus folgt, daß mit dem Verschwinden der baulichen Anlage die Dinglichkeit aufhören muß.

Das A. L. R. spricht sich hierüber nicht geradezu aus. Es setzt jedoch I. 22.:

> eine vorhandene fortwährende Anlage. §. 16.

voraus, und läßt von dem Zeitpunkte an, wo ausgemittelt ist, daß die Anlage nicht mehr vorhanden gewesen ist, eine Verjährung durch Nichtgebrauch eintreten. §. 51.

Es nimmt also an, daß das Verschwinden der Anlage für sich allein die Dinglichkeit der Verpflichtung nicht beseitigt. Es muß also auch der dritte Besitzer, wenngleich beim Erwerb seines Besitzes die Anlage nicht mehr vorhanden war, er also auch von der Servitut keine Kenntniß haben konnte, die Servitut bis zum Ablauf der Verjährungszeit anerkennen. Hierin liegt eine nicht gerechtfertigte Ausnahme von den richtigen allgemeinen Grundsätzen.

III. Kollisionen bezüglich dinglicher Rechte.

A. Bezüglich des Eigenthums.

§. 223.

Wenn der Eigenthümer mehreren Personen Eigenthum überträgt, so gilt derjenige als Eigenthümer, welcher das Eigenthum durch Besitzübertragung oder Eintragung zuerst erworben hat.

Das Römische Recht sagt:

Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem . . . cum, et si ex causa donationis utrique dominium rei vindicetis, eum, cui priori possessio soli tradita est, haberi potiorem conveniat. l. 15. C. 3. 32.

Das A. L. R. bestimmt:

a) bezüglich unbeweglicher Sachen 1. 10.:

§. 19. Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von diesem eingetragenen Eigenthümer, so gebührt demjenigen, der seinen Titel zuerst in das Hypothekenbuch hat eintragen lassen, der Vorzug.

b) bezüglich beweglicher Sachen:

§. 23. Ist aber einem unter diesen mehreren Prätendenten der Besitz der Sache eingeräumt worden, so schließt dieser die Eigenthumsansprüche der übrigen aus, ohne Rücksicht auf die Zeit, wenn dieselben entstanden sind.

Es hat jedoch nur die wirkliche körperliche Uebergabe diese Wirkung, denn im Falle einer Uebergabe bloß durch Zeichen oder Anweisung hat keiner die Rechte des Besitzes. §§. 74—76. 1. 7.

Das O. G. B. verordnet:

a) bezüglich unbeweglicher Sachen:

§. 440. Hat der Eigenthümer eben dieselbe unbewegliche Sache zwei verschiedenen Personen überlassen, so fällt sie derjenigen zu, welche früher die Einverleibung angesucht hat.

§. 441. Sobald die Urkunde über das Eigenthumsrecht in das öffentliche Buch eingetragen ist, tritt der neue Eigenthümer in den rechtmäßigen Besitz.

b) bezüglich beweglicher Sachen:

§. 322. Ist eine bewegliche Sache nach und nach mehreren Personen übergeben worden, so gebühret das Besitzrecht derjenigen, welche sie in ihrer Macht hat.

Es enthält dieser Paragraph jedoch nur eine Bestimmung über das Besitzrecht, nicht über das Eigenthum, wie in gleicher Weise an unbeweglichen Sachen das Besitzrecht durch die Einschreibung erworben wird §. 322.; und es ist nicht zu bezweifeln, daß, sofern Jemand durch Uebergabe Eigenthum einer beweglichen Sache erlangt hat, er auch Eigenthümer bleibt, wenngleich der frühere Eigenthümer die Sache später einem Andern auf Grund eines früheren Titels übergiebt, denn der frühere Eigenthümer hat in Folge der Uebergabe sein Eigenthum übertragen, eine spätere Uebergabe Seitens seiner kann also keine rechtliche Wirkung haben.

Auch die Bestimmung:

§. 374. Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen

Titel ihres ächten Besitzes, so gebühret dem Geklagten Kraft des Besitzes der Vorzug.

bezieht sich nur auf den Fall der Kollision mehrerer redlicher Besitzer, nicht auf den Fall der Kollision von Eigenthums-Prätendenten.

Nach dem Code Napoléon geht Eigenthum schon durch den bloßen Vertrag über, Art. 938. 1138.; namentlich also bezüglich unbeweglicher Sachen.

Nur bezüglich beweglicher Sachen wird bestimmt:

Art. 1141. Si la chose, qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux, qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date.

B. Bezüglich dinglicher Verpflichtungen.

§. 224.

Wenn bezüglich eines Grundstücks mehrere dingliche Verpflichtungen bestehen, so hat derjenige Berechtigte das Vorrecht, bezüglich dessen die seiner Berechtigung entsprechende Verpflichtung zuerst dinglich geworden ist.

Bezüglich beweglicher Sachen kann eine wirkliche Kollision dinglich Berechtigter nicht vorkommen, weil nur der wirkliche Besitzer dinglich berechtigt ist, der Besitz aber nicht zugleich Mehreren zustehen kann:

plures eandem rem in solidum possidere non possunt . . , non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto. l. 3. §. 5. D. 41. 2.

Nur insofern kann Streit entstehen, als zu entscheiden ist: welche von mehreren Personen dinglich berechtigt ist.

Bezüglich unbeweglicher Sachen dagegen gilt der Grundsatz:

Derjenige hat das Vorrecht, dessen Recht zuerst dinglich geworden ist.

Im Allgemeinen folgt dieser Grundsatz schon daraus, daß, soweit das Eigenthum einer Sache durch eine dingliche Verpflichtung beschränkt ist, der Eigenthümer nur, soweit das Eigenthum nicht beschränkt ist, darüber verfügen, resp. Rechte übertragen kann.

Es wird daher namentlich gesagt im Römischen Recht bezüglich des ususfructus:

Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amittere servitutem.

proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest. l. 15. §. 7. D. 7. 1. nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat. l. 16. l. c.

Das A. L. R. sagt 1. 19.:

§. 19. Der Eigenthümer kann das dem Einen eingeräumte dingliche Recht einem Zweiten nur insofern zugestehen, als es ohne Nachtheil des zuerst Berechtigten geschehen kann.

und 1. 21.:

§. 99. Der Eigenthümer darf, so lange der Nießbrauch dauert, nichts vornehmen, wodurch das Nutzungsrecht des Andern auf irgend eine Art eingeschränkt oder geschmälert wird. cf. §. 100.

§. 72. Nach eingeräumtem Nießbrauche aber kann der Eigenthümer durch neue persönliche oder Realschulden das Recht und den Genuß des Nießbrauchers nicht schmälern.

1. 20.:

§. 152. Dadurch, daß eine Sache zum Pfande gegeben worden, wird in den darauf bereits haftenden Realansprüchen nichts geändert.

§. 154. Dagegen ist der Verpfänder nicht befugt, die Rechte des Pfandinhabers durch Auflegung neuer Reallasten zu schmälern.

Das O. G. B.:

§. 486. Ein Grundstück kann mehreren Personen zugleich dienstbar sein, wenn anders die älteren Rechte eines Dritten nicht darunter leiden.

Der Code Napoléon:

Art. 599. Le propriétaire ne peut par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier.

Namentlich bei der Lehre vom Pfandrecht kommt der aufgestellte Grundsatz zur Anwendung, indem, abgesehen von besonderen Privilegien, der ältere Pfandgläubiger den Vorzug hat vor dem jüngeren.

Daher sagt das Römische Recht:

potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam. l. 11. pr. D. 20. 4.

si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, (ipse) hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est. l. 12. §. 2. l. c. l. 16. l. c.

qui generaliter bona debitoris pignori accepit, eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur. l. 2. l. c.

Diversis temporibus eadem re duobus jure pignoris

obligata eum, qui prior data pecunia, pignus accepit, potiorem haberi, certi ac manifesti juris est. l. 8. C. 8. 18.
Das A. L. R. 1. 20.:

§. 500. An und für sich wird also, wenn eine Sache mehreren zur Hypothek verschrieben und zu ihrer aller Befriedigung unzureichend ist, das Vorzugsrecht unter ihnen lediglich nach der Ordnung der geschehenen Eintragung bestimmt.

Das O. G. B. verweist auf die Konkurs-Ordnung §. 470.
Der Code Napoléon bestimmt:

Art. 2106. Entre les créanciers les priviléges ne produisent d'effet, à l'égard des immeubles, qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi, et à compter de la date de cette inscription, sous les seules exceptions qui suivent.

Art. 2134. Entre les créanciers, l'hypothèque soit légale, soit judiciaire, soit conventionelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise par le créancier sur les régistres du conservateur, dans la forme et de la manière prescrites par la loi, sauf les exceptions portées en l'article suivant. (cf. Art. 2147.)

§. 225.

Das dem hypothekarischen Gläubiger zustehende Recht auf die Nutzungen des Grundstücks hat den Vorzug vor dem auch früher entstandenen, nur durch Besitz dinglich gewordenen Gebrauchs- und Nutzungsrecht.

Das A. L. R. bestimmt daher:

1) bezüglich des Nießbrauchs 1. 21.:

§. 73. Wer jedoch sein Nießbrauchsrecht auf eine unbewegliche Sache nicht hat eintragen lassen, der kann den auch später eingetragenen Gläubigern, welche dem Glauben des Hypothekenbuchs gefolgt sind, nicht wehren, sich wegen ihrer Zinsen an die Nutzungen der Sache zu halten.

2) allgemein 1. 20.:

§. 478. Will Jemand, der in dergleichen Verhandlungen mit dem Besitzer über künftige Früchte und Nutzungen sich einläßt, sich dabei gegen die Widersprüche künftig einzutragender Hypothekengläubiger decken, so muß er das Geschäft selbst im Hypothekenbuche vermerken lassen.

§. 479. Ist dieses nicht geschehen, so kann er von seinem Rechte auf die künftigen Früchte und Nutzungen zum Nach-

theile der auch später eingetragenen Gläubiger keinen Gebrauch machen.

3) bezüglich des Pächters:

Ein Pächter also, welcher die Pacht auf mehr als Ein Quartal an den Gutsbesitzer vorausbezahlt hat, kann sich gegen die später einzutragenden Gläubiger nur alsdann schützen, wenn er die geleistete Vorausbezahlung im Hypothekenbuche hat vermerken lassen. §§. 480. 481. und §. 130. 1. 24. O. G. O.

IV. Wirksamkeit des moralischen Prinzips.

A. Beim Erwerb dinglichen Rechts.

§. 226.

Wer es weiß, daß der eingetragene Eigenthümer nicht wahrer Eigenthümer ist, kann zum Nachtheil des wahren Eigenthümers weder durch Eintragung noch durch Besitzübertragung Eigenthum oder ein anderes Recht an der Sache erwerben.

Das A. L. R. sagt daher 1. 10.:

§. 24. Wer es weiß, daß derjenige, von welchem sein Titel sich herschreibt, nicht wahrer Eigenthümer sei, der kann weder durch Eintragung noch durch Uebergabe ein Eigenthumsrecht erlangen.

Diese Bestimmung ist in ihrer allgemeinen Fassung auch auf bewegliche Sachen zu beziehen. Bezüglich dieser gilt aber schon der allgemeine Satz, daß überhaupt kein Eigenthum daran erworben wird, wenn sie von einer Person veräußert werden, die nicht Eigenthümer ist. Nur ausnahmsweise kann auch der Erwerb von einem Nicht-Eigenthümer Eigenthum übertragen. In diesen Fällen ist daher der §. 24. auch bezüglich beweglicher Sachen anwendbar.

Das A. L. R. bestimmt ferner 1. 10.:

§. 10. Weiß aber derjenige, welcher mit dem eingetragenen Besitzer über das Grundstück Verhandlungen schließt, daß derselbe nicht wahrer Eigenthümer sei, so kann er dadurch zum Nachtheil des letztern kein Recht erwerben.

Hiernach ist also im Falle des bösen Glaubens der Erwerb von jeder Art von Recht an der Sache zum Nachtheil des wahren Eigenthümers ausgeschlossen.

B. Bei Kollision mehrerer Prätendenten dinglicher Rechte.

§. 227.

Wenn mehrere Personen gegen den Eigenthümer einer Sache Anspruch auf Uebertragung von Eigenthum oder Einräumung eines Rechts an der Sache haben, so kann keine derselben, welche den älteren Anspruch der andern kennt, durch frühere Nachsuchung der Eintragung oder frühere Besitzübertragung ein Vorrecht erlangen, es behält vielmehr der bevorrechtete oder frühere Anspruch das Vorrecht vor dem späteren.

Dem Römischen Recht ist dieser Satz fremd.

Das A. L. R. spricht ihn ausdrücklich aus:

1) bezüglich der Eigenthums-Prätendenten.

Es verordnet zunächst I. 10.:

a) bezüglich unbeweglicher Sachen:

§. 20. Hat noch keiner unter ihnen die Eintragung erhalten, so kann derjenige, dessen Titel zuerst entstanden ist, dieselbe vorzüglich fordern.

b) bezüglich beweglicher Sachen:

§. 22. Haben die Prätendenten insgesammt ihren Titel von einer und eben derselben Person, so entscheidet auch bei beweglichen Sachen, der Zeitpunkt der früheren Entstehung dieses Titels.

Bezüglich beweglicher Sachen findet diese Bestimmung namentlich Anwendung, wenn eine Uebergabe nur durch Zeichen oder Anweisung erfolgt ist. §§. 75. 76. I. 7.

Bezüglich unbeweglicher Sachen findet Bornemann es auffallend, daß nicht die Priorität der Tradition entscheidet II. 233. Man kann das nur auffallend finden, wenn man von der unrichtigen Ansicht ausgeht:

bezüglich unbeweglicher Sachen überträgt die Uebergabe Eigenthum.

Das A. L. R. bestimmt dann ferner I. 10.:

§. 25. Auch der, welcher zur Zeit der Eintragung oder Uebergabe den früher entstandenen Titel eines Andern weiß, kann zum Nachtheil desselben die früher erhaltene Eintragung oder Uebergabe nicht vorschützen.

Es ist dabei zu bemerken, daß bezüglich unbeweglicher Sachen es nicht auf die Wissenschaft zur Zeit der Uebergabe, sondern zur Zeit der Eintragung ankommt, und zwar eigentlich zur Zeit der nachgesuchten Eintragung, nicht zur Zeit der erfolgten Eintragung. Denn nur die Nachsuchung der Eintragung ist eine Handlung des Betheiligten, und nur sofern diese Handlung im bösen Glauben vorgenommen wird, kann dies Folgen für den Handelnden haben.

2) bezüglich der Prätendenten anderer dinglicher Rechte.

Das A. L. R. verordnet I. 19.:

§. 4. Wenn also zwei oder mehrere zu einer und eben derselben Sache von dem Besitzer derselben ein persönliches Recht erlangt hatten, so schließt zwar derjenige, dessen persönliches Recht durch die Einräumung des Besitzes in ein dingliches übergegangen ist, den andern aus.

§. 5. Kann aber der Besitznehmer überführt werden, daß ihm das zu derselben Sache erlangte persönliche Recht des Andern zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei, so kann er sich seines durch die Uebergabe entstandenen dinglichen Rechts gegen denselben nicht bedienen.

§. 6. Vielmehr muß zwischen ihnen die Frage, welchem von beiden durch die Einräumung des Besitzes ein dingliches Recht beizulegen sei, lediglich nach der Beschaffenheit ihres beiderseitigen persönlichen Rechts zur Sache entschieden werden.

Es ist hierbei zu bemerken, daß die Fassung dieser Paragraphen insofern ungenau ist, als nur die Besitzübertragung erwähnt wird, nicht auch die Eintragung. Soweit aber ein Recht nur durch Eintragung dinglich wird, ist die Eintragung resp. die Nachsuchung der Eintragung und nicht der Besitz der entscheidende Moment.

Ebenso kann nicht bezweifelt werden, daß das A. L. R., soweit nicht ein persönlicher Anspruch bevorrechtet ist, dem früheren Anspruch das Vorrecht giebt.

3) bezüglich der Kollision von Eigenthums-Prätendenten und Prätendenten dinglicher Rechte hat man die Anwendbarkeit der §§. 4—6. I. 19. in Abrede gestellt. Aber mit Unrecht, und zwar aus folgenden Gründen:

a) Es wird in gedachten Paragraphen durchaus nur ganz allgemein von persönlichem und dinglichem Recht gesprochen. Es fehlt aller Grund, die Paragraphen nicht auch auf den Fall der Kollision des Anspruchs auf Eigenthum und des Anspruchs auf anderes Recht anzuwenden, namentlich auf den Fall der Kollision des Eigenthums- und Pfandanspruchs.

b) Bezüglich der Nutzungsrechte im Verhältniß zum Eigen-

thum wird im §. 5. I. 21. ausdrücklich auf die §§. 5. 6. Tit. XIX. verwiesen, und bezüglich des Verhältnisses des Eigenthümers zum Pächter und Miether wird speziell gesagt I. 21.

§. 359. War die Pacht oder Miethe zur Zeit des Verkaufs durch Uebergabe noch nicht vollzogen, so finden zwischen dem Pächter oder Miether und dem Käufer die allgemeinen Vorschriften des neunzehnten Titels §§. 3—6. Anwendung.

Das Allgemeine dieser Vorschriften liegt aber eben darin, daß sie sich ganz allgemein auf jede Art der Kollision dinglicher Rechte beziehen, also auch auf die Kollision von Eigenthumsansprüchen und Ansprüchen auf andere Rechte an der Sache.

c) Ganz entschieden spricht endlich der Geist des A. L. R. dafür, daß die Vorschriften §§. 3 — 6. 1. 19 ganz allgemein aufzufassen sind. Es ist schon gezeigt, wie das A. L. R. von dem Grundgedanken ausgeht:

Wer in bösem Glauben handelt, erwirbt durch seine Handlung kein Recht, namentlich kein Eigenthum und kein dingliches Recht.

Es fehlt also an jedem Grunde für den Fall der Kollision von Eigenthum und dinglichem Recht diesen Grundgedanken auszuschließen, und zwar um so mehr, als sich auch außer den hervorgehobenen Bestimmungen noch anderweit diesem Grundgedanken entsprechende Sätze im A. L. R. finden, namentlich I. 11.:

§. 264. Sind Sachen unter gewissen Bedingungen verkauft oder übergeben worden, so stehen diese Bedingungen einem Dritten in Erwerbung eines Rechts auf die Sache nur insoweit entgegen, als er erweislich Wissenschaft davon gehabt hat.

und I. 20.:

§. 630. Kann der Käufer überführt werden, vor erhaltener Uebergabe gewußt zu haben, daß einem Andern ein persönliches Vorkaufsrecht zustehe, so kann er zum Nachtheil desselben die erfolgte Uebergabe nicht vorschützen.

Auch bezüglich dieser Bestimmungen ist zu bemerken, daß zwar nur die Uebergabe erwähnt ist, aber bezüglich unbeweglicher Sachen nicht die Uebergabe, sondern die Nachsuchung der Eintragung entscheidend sein muß.

Das O. G. B. enthält keine bezügliche Bestimmung, und der Code Napoléon nur bezüglich beweglicher Sachen bei der Kollision von Eigenthums-Prätendenten, indem der Besitzübertragung nur Wirkung beigelegt wird: (Art. 1141.

pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi.

Es scheint, daß man sich dabei Folgendes zu denken hat:

Nach dem Code Napoléon geht Eigenthum schon durch den bloßen Vertrag über. Art. 938. 1138. Im Falle der Uebertragung von Eigenthum einer beweglichen Sache an mehrere soll jedoch derjenige den Vorzug haben:

qui en a été mise en possession réelle. Art 1141.

Die bonne foi soll also darin bestehen:

daß man keine Kenntniß davon hat, daß einem Andern Eigenthum durch Vertrag oder Legat übertragen ist.

Berichtigungen.

Seite 62 Zeile 10 von unten statt Zweiter lies „Dritter".
Seite 136 Zeile 9 von unten statt pecuniam ea lies „pecunia mea".
Seite 143 Zeile 21 von unten ist hinter „daraus" zuzusetzen „machen".
Seite 161 Zeile 8 von unten ist die Zahl 1 zu streichen.
Seite 201 Zeile 15 von oben statt 2 lies „b".
Seite 264 Zeile 19 von oben statt Bedingung lies „Resolutiv-Bedingung".
Seite 275 Zeile 25 von oben ist hinter „bedarf" zuzusetzen „und N. N. den Neubau vornimmt".
Seite 388 Zeile 13 von oben statt Willens lies „Mittels".
Seite 436 Zeile 15 und 14 von unten statt: der Verabredung nach die lies „die Verabredung nach der".

Druck von Brandes & Schultze in Berlin, Roßstr. 8.

Berichtigungen.

Seite 62 Zeile 10 von unten statt Zweiter lies „Dritter".
Seite 136 Zeile 9 von unten statt pecuniam ea lies „pecunia mea".
Seite 143 Zeile 21 von unten ist hinter „daraus" zuzusetzen „machen".
Seite 161 Zeile 8 von unten ist die Zahl 1 zu streichen.
Seite 201 Zeile 15 von oben statt 2 lies „b".
Seite 264 Zeile 19 von oben statt Bedingung lies „Resolutiv-Bedingung".
Seite 275 Zeile 25 von oben ist hinter „bedarf" zuzusetzen „und N.N. den Neubau vornimmt".
Seite 388 Zeile 13 von oben statt Willens lies „Mittels".
Seite 436 Zeile 15 und 14 von unten statt: der Verabredung nach die lies „die Verabredung nach der".

Druck von Brandes & Schultze in Berlin, Roßstr. 8.

Plathner, Otto,

Der Geist des Preußischen Privatrechts in Vergleichung mit dem Römischen, Ö
sterreichischen und Französischen Recht

Bd.: 1

Berlin (1854)